

# Reflexiones sobre el parentesco por afinidad en la sucesión intestada

## *Reflections the relationship because of affinity in the intestated succession*

por

M.<sup>a</sup> EUGENIA SERRANO CHAMORRO

*Catedrático de Escuela Universitaria.*

*Derecho civil. Universidad de Valladolid.*

**RESUMEN:** Se plantea y reflexiona acerca de la importancia del parentesco en nuestro ordenamiento jurídico, en especial con relación al parentesco en la sucesión intestada. Nuestro Código civil se refiere a los parientes colaterales hasta el cuarto grado para el llamamiento intestado. Se parte de un parentesco por consanguinidad, pero al no distinguir expresamente y dada nuestra tendencia a equiparar muchas situaciones similares, considero que habría que replantearse el sistema tradicional desde la aprobación de la Constitución Española. Igualmente debe darse una unificación en las distintas disciplinas jurídicas que hablan de parentesco.

**ABSTRACT:** *It raises and reflects on the importance of kinship in our legal system, especially in relation to kinship in the untested succession. Our Civil code refers to the collateral relatives up to the fourth grade for the unattended appeal. It is part of a kinship by consanguinity, but by not distinguishing expressly and given our tendency to equate many similar situations, I consider that the traditional system should be reconsidered since the adoption of the Spanish Constitution. There should also be a unifying in the different legal disciplines that speak of kinship.*

**PALABRAS CLAVE:** Afinidad. Consanguinidad. Herencias. Igualdad. Parentesco. Sucesión intestada.

**KEY WORDS:** *Affinity. Consanguinity. Inheritance. Equality. Kinship. Un-tested succession.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. TIPOS DE PARENTESCO: 1. LA AFINIDAD ES UNA RELACIÓN BILATERAL.—III. TRATAMIENTO HISTÓRICO.—IV. REGULACIÓN CANÓNICA.—V. EVOLUCIÓN.—VI. EFECTOS.—VII. EL PARENTESCO POR AFINIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.—VIII. EN EL ÁMBITO FISCAL: 1. DE LOS TRIBUNALES ECONÓMICO ADMINISTRATIVOS. 2. POSICIONES JURISPRUDENCIALES.—IX. ACOGIMIENTO DE PERSONAS MAYORES.—X. CONCLUSIONES.—XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Se me plantea la siguiente cuestión, una prima carnal sin herederos forzosos está atendida desde hace años por su primo y la mujer de su primo (parientes colaterales de 4.<sup>º</sup> grado) el primo consanguíneo fallece, su mujer sigue atendiendo a la prima, además, el hijo es el tutor legal de la prima, la prima antes del fallecimiento del primo es declarada incapaz, por lo que no realiza testamento. Resultando que fallece la prima sin testamento a favor del primo ¿tiene la mujer del primo algún derecho a heredar dado que es la mujer del primo (pariente 4.<sup>º</sup> grado) y no hay otros parientes de la fallecida?

En un principio parece la postura más racional, si no hay ningún heredero, dado que la mujer del primo y su hijo la han estado cuidando hasta su muerte y es considerada familia y la tratan como tal, la postura más correcta, lógica, acorde con el sentido amplio de familia, es entender que la mujer es pariente por afinidad de cuarto grado.

Si la ley habla de parientes colaterales hasta el cuarto grado, si la ley quiere evitar que los bienes queden vacantes, si el lazo de parentesco era claro y evidente, si siempre han cuidado a la prima, si el hijo era el tutor legal, está claro que hay una relación de convivencia de parentesco, la pregunta es ¿este grado de parentesco permite ser considerado con derechos hereditarios?

El tema me pareció curioso, ya que en la práctica estos casos apenas se dan, pero pueden plantearse. El derecho es justo, no es arbitrario, es racional, se adapta a las circunstancias del momento, va evolucionando, pero también puede tener lagunas o principios anclados en sus orígenes, por eso cuando se trata de resolver un caso hay que fijarse en la normativa escrita pero también en la realidad presente.

A simple vista acudiendo a la regulación legal, el Código civil se ocupa de las herencias, así como del parentesco. El procedimiento sería el siguiente, tendríamos que acudir a las reglas generales que dispone el Código civil, esto es al Libro III, capítulo III «De la sucesión intestada» y capítulo IV «Del orden de suceder según la diversidad de líneas», primo consanguíneo con derecho a herencia hasta el cuarto grado por colateralidad (arts. 943, 954 y 955 CC)<sup>1</sup>, si el primo sobrevive no hay problema, tiene derecho a la herencia, por derecho hereditario por el principio del orden de suceder según la diversidad de líneas, ya que no hay parentesco más próximo y la ley permite este derecho a la herencia. Los parientes que sobreviven a la fallecida son la mujer (pariente por afinidad de cuarto grado, el mismo grado que el marido-primo premuerto) y un hijo de ambos que ha sido su tutor y es pariente consanguíneo de quinto grado.

Como señala LACRUZ<sup>2</sup> en todos los países civilizados se admite y regula la sucesión *mortis causa* fundamentada en:

1. Heredabilidad general de todos los bienes y derechos patrimoniales no personalísimos.
2. La consideración en su ordenación de la intervención de la voluntad del causante.
3. El llamamiento preferente de los familiares más próximos<sup>3</sup>.

El derecho de sucesiones surge vinculado a la transmisión de la propiedad y a la protección de la economía familiar.

La configuración de la delación intestada estará en relación a las circunstancias propias del momento histórico y social que resulte ser modélico en una época.

Podemos afirmar que la evolución del derecho sucesorio está íntimamente ligada a la evolución de la propiedad y de la familia. Igualmente hay que tener presente el artículo 3.1. del Código civil»: *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*.

La tendencia en nuestro derecho es hacia una equiparación de derechos, así los hijos son todos iguales, el cónyuge se equipara a la pareja, por lo que el parentesco debe entenderse en sentido amplio, dado que un cónyuge elige a su pareja y decide unirse, esa unión, ese contrato, debe de producir efectos jurídicos, salvo casos de separación, nulidad o divorcio, no extinguiéndose el parentesco, por fallecimiento de uno de los cónyuges.

ALBALADEJO<sup>4</sup> al hablar de la sucesión intestada indica «En nuestro Código el llamamiento a la sucesión intestada se basa en el parentesco (sea de sangre, sea adoptivo, que hoy se hallan absolutamente igualados), en el matrimonio, y a falta de todo pariente o cónyuge, en el vínculo de nacionalidad, de forma

que el Estado español es llamado a suceder a los españoles, que muertos sin testamento, carecen de aquellos».

LACRUZ<sup>5</sup> al hablar de los sistemas de delación intestada manifiesta que se funda siempre en la relación familiar, el legislador dirige el nombramiento hacia los familiares, por razones de motivación de la solidaridad familiar y el deber de asistencia, como la de la presunción típica de afecto. Para ordenar la sucesión intestada se tiene en cuenta la preferencia entre clases, entre órdenes y entre grados de parentesco. A las clases se refiere el artículo 913 Código civil, vínculo con el causante bien por parientes, por matrimonio, o para impedir la vacante de las relaciones jurídicas relictas el Estado como sucesor especial.

## II. TIPOS DE PARENTESCO

Es muy frecuente hablar de parentesco para indicar situaciones especiales entre las personas que reúnan esta unión. Hablo de unión porque con independencia del tipo de parentesco, este hace nacer un lazo, un vínculo de unión o conexión con determinadas personas. Lo más normal es con relación a la filiación. El vínculo descendiente para con hijo, o ascendiente que siempre existirá respecto a los padres, ya que filiación o matrimonio puede ser que no exista. No se puede hablar de parentesco sin hacer referencia a la familia.

CABALLERO GONZÁLEZ<sup>6</sup> al hablar de parentesco expresa que denota un lazo entre personas determinadas por reglas sociales o leyes biológicas y con mayor precisión «puede decirse que expresa la relación existente entre personas que descienden unas de otras o que tienen un ascendiente común y también la que se da entre un cónyuge y los consanguíneos del otro. Surgen así los denominados parentescos por consanguinidad y por afinidad». Existe también el parentesco por adopción basado en un acto jurídico.

Los ordenamientos jurídicos distinguen tres clases de relaciones familiares, a ninguna de las cuales el Derecho dispensa un tratamiento unánime y pacífico:

a) la consanguinidad, parentesco de sangre, cuyos límites tienden a estrecharse. Vínculo existente entre personas que descienden unas de otra o que tienen un tronco común, distinguiendo entre parientes en línea recta y parientes colaterales, este se divide en parentesco de doble vínculo o de vínculo sencillo y también puede ser matrimonial o extramatrimonial<sup>7</sup>.

b) la afinidad, que nace del matrimonio y suscita posturas muy encontradas en relación no solo con sus límites y efectos, sino incluso acerca de su perdurabilidad. Es el que crea un vínculo entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro. Y

c) la adopción, filiación ficticia creada por el Derecho, en la que las divergentes soluciones y la frecuencia de las reformas legales ponen de manifiesto la dificultad de cohonestar los diversos intereses y afectos en conflicto.

Otros autores como CORDERO CUTILLAS<sup>8</sup> añaden el parentesco socioafectivo, que surge de la relación entre personas, que, sin ser parientes se comportan entre ellos a modo y semejanza de los mismos, generados por la convivencia, como serían los allegados o tutores.

El parentesco como tal no constituye ninguna relación jurídica porque el derecho no lo regula orgánicamente como tal, como sí ocurre con la relación conyugal y paternofilial.

El Código civil sí regula el parentesco consanguíneo o carnal en los artículos 915 y siguientes, pero no hay regulación del parentesco por afinidad, sin perjuicio de que aparezca mencionado en diversas normas.

Afirma esta autora<sup>9</sup> que desde la redacción original del Código civil la regulación general del parentesco se conecta con el orden sucesorio de los artículos 930 y siguientes haciendo referencia a la consanguinidad, añadiendo: «A raíz de la CE y las reformas operadas con posterioridad, con el pleno reconocimiento de la adopción, los lazos de sangre han perdido el valor que tenían, surgiendo otros, como la convivencia, con la misma intensidad, a través del vínculo jurídico de adopción».

El cómputo de parentesco está basado en los conceptos de grado y de línea y en general vale tanto para la consanguinidad como para la afinidad. El grado denota proximidad y se mide por el número de nacimientos que ligan a una persona con otra en la cadena de parientes. «Cada generación forma un grado» (art. 915 CC). Entre afines no hay grado en sentido propio si bien se aplica por analogía el mismo concepto.

La serie de grados forma la línea, que puede ser directa o colateral, tanto para el parentesco por consanguinidad como para el de afinidad por analogía y reciprocidad.

Al tratar de la afinidad como concepto jurídico lo primero que salta a la vista es la falta de acuerdo pleno sobre su misma denominación. En el Derecho positivo español y en la doctrina tradicional dominante se habla de «parentesco» de afinidad o por afinidad, parentesco «político» en el lenguaje usual; pero algunos autores prefieren el término «relación», reservando el de parentesco solo para el vínculo surgido de la consanguinidad o la filiación.

En el Derecho positivo español no se encuentra norma alguna que defina el parentesco de afinidad o por afinidad. A falta de una definición legal, el concepto parece, en una primera aproximación, ofrecer pocas dudas. La doctrina nos dice que la relación de afinidad es la que vincula a una persona con los parientes de sangre de su cónyuge (parientes «políticos»). El parentesco por afinidad comienza con el matrimonio de dos personas. Merece transcribirse, por su utilidad didáctica:

tica, el artículo 363 del Código civil argentino que expresamente se refiere al parentesco por afinidad: «La proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad. En la línea recta, sea descendente o ascendente, el yerno o nuera están recíprocamente con el suegro o suegra, en el mismo grado que el hijo o hija, respecto del padre o madre, y así en adelante. En la línea colateral, los cuñados o cuñadas entre sí están en el mismo grado que entre sí están los hermanos o hermanas. Si hubo un precedente matrimonio el padrastro o madrastra en relación a los entenados o entenadas [hijastro], están recíprocamente en el mismo grado en que el suegro o suegra en relación al yerno o nuera». El Código civil peruano (art. 237) establece que «el matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro».

Históricamente, y todavía ahora en muchos ordenamientos civiles (entre los que no se encuentra ya el español), la relevancia del parentesco o relación de afinidad deriva principalmente de su consideración como impedimento matrimonial, normalmente dispensable; y en algunos casos (en los que tampoco se encuentra el español, y sí, por ejemplo, el francés y el italiano) como productor de la obligación de prestar alimentos. En nuestro Código civil el artículo 84 del texto de 1889 establecía —en lo que aquí interesa— que no pueden contraer matrimonio entre si: los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad legítima o natural; los colaterales por afinidad legítima hasta el cuarto grado; y los colaterales por consanguinidad o afinidad natural hasta el segundo grado. Si bien todos los impedimentos por afinidad podían ser dispensados por el Gobierno, con justa causa.

Sin embargo, la trascendental reforma operada en el Derecho matrimonial español por la Ley de 7 de julio 1981 suprimió totalmente el impedimento de afinidad tanto en la línea recta (a diferencia de lo propuesto inicialmente en el Proyecto del Gobierno) como en la colateral, y sin diferencia entre el carácter matrimonial o extramatrimonial de la relación que genera la afinidad. (Cfr. art. 47 CC).

Siguiendo el trabajo realizado por OLAGUÍBEL ÁLVAREZ-VALDÉS<sup>10</sup>, que toma como base la herencia de Doña María Diega DESAMAISIERES Y SEVILLANO, Condesa de la Vega del Pozo y Duquesa de Sevillano, considerada en su tiempo la mujer más rica de España, propietaria de notables edificios y extensas fincas en especial en las provincias de Madrid y Guadalajara, fallecida en 1916; a la que heredaron ab intestato sus parientes en quinto grado, lo que le permite concluir en este trabajo que «el parentesco o relación de afinidad es una realidad social que tiene su reflejo en muchos lugares de nuestro ordenamiento jurídico. Se echa, de menos, sin embargo, una mayor concreción del propio concepto y sus límites. En particular, se hará necesaria la toma de posición respecto a la afinidad natural (parejas), no surgida del matrimonio. No

parece posible ni conveniente una solución unitaria, deberá ponderarse el interés jurídico protegido en cada caso».

En mi opinión, y dada la tendencia actual de nuestro ordenamiento jurídico, se tiende a la equiparación. Equiparación del cónyuge con el conviviente, equiparación de hijos sin distinguir legítimos o no, adoptivos o no. Es verdad que nuestro derecho civil estaba basado en una tradición romana y todo giraba en torno al *pater familias*. La familia puede ser muy larga, hay familias más unidas que otras, pero cada vez se va dando entrada a la voluntad, un contrato se firma si hay consentimiento, voluntad, y si hay algún defecto se subsana porque su voluntad es clara. Puedes estar más unido con un primo que con un hermano, depende de cada caso. Si tienes hijos pequeños tiendes a quedar con padres con hijos de esa edad, te relacionas con familiares, tienes sobrinos sin distinguir si son hijos de cuñados o de hermanos. Para tus hijos sus tíos son iguales, son tan tíos mis hermanos como la mujer de mi hermano, son tíos por igual. Puedes estar más unido con un familiar político que con un primo carnal. La relación diaria hace que la familia se amplíe más o menos, a veces, cuando hay un gran amigo, los niños pequeños le llaman coloquialmente tío, con esto quiero señalar que la tendencia es a hablar de un parentesco sin distinguir si es por afinidad o por consanguinidad. Si la ley tiende a contemplar más supuestos, a una igualdad de tratamientos el parentesco debe tener el mismo efecto. El artículo 9 de la CE precisa «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Esta igualdad la vemos en sentencias como la del Tribunal Supremo, sentencia de 24 de marzo de 2017, que ratifica su anterior fallo de 14 de julio de 2016, y establece la igualdad a efectos tributarios del Impuesto sobre Sucesiones, entre los familiares consanguíneos y los políticos, por afinidad matrimonial. De esta manera, el Alto Tribunal rebate la doctrina del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), que venía manteniendo que con la extinción del matrimonio concluía la relación familiar entre el cónyuge superviviente y los familiares del fallecido. El ponente, el magistrado MAURANDI GUILLÉN, establece que «donde la Ley no distingue no cabe distinguir», afirmación que sustenta en el razonamiento de que «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». Históricamente, la norma general e imperante ha sido la de la subsistencia de la afinidad a pesar de la extinción del matrimonio que le dio origen, según el principio latino *ad finitas in cónyuge superstite non deletur* (el parentesco por afinidad no cesa por viudedad).

Si como de todos es sabido existen tres tipos de parentesco y estos no se discuten, los efectos deben ser iguales para cualquier tipo de parentesco, es más, si el parentesco por adopción rompe el vínculo con la familia anterior

del adoptado, la fuerza de la voluntad es extraordinariamente soberana. En la familia por afinidad la voluntad debe ser también superior, tú eliges al cónyuge, te unes a él/ella y a su familia. A todas las reuniones familiares o eventos el matrimonio va junto, salvo casos especiales, la vida diaria se hace dentro de la familia, incluso hace años había matrimonios que se casaban y vivían con los padres, por lo tanto no debería haber tratamiento diferente en función de la clase de parentesco.

En la mayor parte de las legislaciones las líneas y grados del parentesco por afinidad se equiparan conceptualmente a los de la consanguinidad. A título de ejemplo, el Código civil italiano, en el ya citado artículo 78, dispone que «nella linea e nel grado in cui taluno è parente d'uno dei due coniugi, egli è affine dell'altro cónyuge». El Código portugués, en su artículo 1585 expresa que «a afinidade determina-se pelos mesmos graus e linhas que definem o parentesco»; y en el mismo sentido se expresa el citado artículo 1590 BGB. El Código del Perú (art. 237) establece que «cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad».

En el Código civil la reforma efectuada por Ley de 13 de mayo de 1981 menciona junto a los parientes a los allegados, en el artículo 161, tras la modificación por ley 26/2015 de 28 de julio, en el artículo 160.2 se dice: «*No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados resolverá atendidas las circunstancias,...*» Y en el 161 se señala: «*La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo,...*».

El Código civil en su artículo 108 establece que la filiación puede ser por naturaleza, ya sea vía matrimonial o extramatrimonial o por adopción. Mediante la institución jurídica de la adopción, una persona pasa a formar parte de una familia con los mismos derechos y obligaciones que el resto de los hijos naturales, rompiendo los vínculos jurídicos existentes con su familia natural.

## 1. LA AFINIDAD ES UNA RELACIÓN BILATERAL

La afinidad concierne a las dos personas unidas por tal nexo. Mis afines son tanto los hermanos de mi cónyuge como los cónyuges de mis hermanos. La bilateralidad o simetría se da entre los dos implicados en la afinidad.

Así lo consideraron las SSTS Social, de 18 de febrero de 1998 (Rec. 539/1997), y la de 27 de mayo de 1998 (Rec. 4572/1997) al interpretar el

entonces vigente artículo 37.3 b) ET. Ambas sentencias con fundamento *ratio decidendi* en el Digesto<sup>11</sup>.

El artículo 93 Ley Concursal<sup>12</sup> sobre «créditos subordinados» dice que están especialmente relacionadas con el concursado persona natural, el cónyuge y la pareja de hecho inscrita o conviviente durante los dos años anteriores a la declaración de concurso, y también los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado. Quedan sin mencionar en la letra de la ley, pese a la identidad de razón, otros afines como los ascendientes, descendientes y hermanos del cónyuge del concursado. La afinidad es una relación bilateral.

Es importante el elemento volitivo, el matrimonio se elige, los dos cónyuges deciden casarse y unirse, a partir de ese momento surgirán obligaciones y derechos para ambos, dado que han consentido es porque desean estar juntos y a la vez relacionarse y formar parte de las familias respectivas, a partir de ese momento la familia se amplía porque así lo han decidido, por eso creo que en la sucesión intestada se produce un llamamiento excluyente por proximidad, llamando en último lugar a los parientes colaterales sin distinción. La afinidad existirá siempre aunque uno de los cónyuges muera, salvo que se rompa el vínculo por separación o divorcio, prima la voluntad de los contrayentes.

### III. TRATAMIENTO HISTÓRICO

*Affinitas* en latín se refiere a la proximidad de unas personas a otras, el lenguaje jurídico se utiliza para designar el lazo que vincula a un cónyuge con los parientes del otro; es decir, lo que se conoce habitualmente como «familia política», cuñado/a, cuyo parentesco se contrae con la conjunción del varón y la mujer<sup>13</sup>. Este parentesco se da entre el marido y los consanguíneos de la mujer e igualmente entre la mujer y los consanguíneos del marido. El cómputo es en la misma línea y grado entre ellos (en la línea y en el grado en que uno es consanguíneo de uno de los cónyuges, es afín del otro cónyuge).

CORAZÓN<sup>14</sup> en las sentencias de Paulo, recogidas en el Digesto, determinaba que el límite legal del parentesco llegaba hasta el séptimo grado<sup>15</sup>, con gran trascendencia en su aplicación efectuada por la iglesia en la Edad Media. «*En estos siete grados se contienen todos los nombres de los parientes; más allá de los cuales ni se puede encontrar afinidad, ni se puede propagar más la sucesión*» (Paulo, sentencias, Tit. II, Lib. IV, Int. 4, 10, 8).

«Paulo, reconociendo a la afinidad efectos jurídicos tanto para las herencias como para poder ser testigos, dispuso, y así ha quedado recogido en el Digesto, idéntica extensión tanto para deferir herencias como para eximir de la obligación de testificar.

En la Edad Media, el Concilio de Toledo II,a.527 determinó que no se podía contraer matrimonio por personas entre las que podía haber derecho

de sucesión; es decir, prohibió el matrimonio entre parientes hasta el séptimo grado, y esta disposición quedó recogida en el Decreto de Graciano: *Decretum*, c.35,q.8,c.2.

Estas normas conciliares tuvieron repercusión en la legislación civil, como se puede apreciar en la *Lex Romana Wisigothorum* y en el *Liber Iudiciorum*.

CORAZÓN<sup>16</sup> afirma que desde comienzos del siglo IV la afinidad se computó hasta el primer grado de la línea colateral. Y, a partir de entonces, se fue extendiendo progresivamente hasta tal punto que a finales del siglo VII la afinidad llegó hasta el 7.<sup>º</sup> grado de la computación canónica, con igual extensión que la consanguinidad.

La sucesión en la tradición jurídica germánica estaba basada en vínculos de sangre con el causante, así se decía: los herederos nacen y no se hacen. La Sippe germánica es un círculo parental de vida económica y jurídica de una serie de individuos unidos por la sangre, posteriormente se da entrada a otras personas a través de un acto jurídico de otorgamiento de linaje. Se dice que todos los bienes son propiedad de la familia y deben seguir en ella.

En las Partidas predominó la influencia romana limitando el llamamiento a los colaterales al décimo grado.

La ley de Mostrencos (1835) llamaba a la sucesión intestada primero a los colaterales hasta el cuarto grado y luego a los colaterales desde el quinto al décimo grado y en última instancia al Estado.

El Código civil, en su redacción originaria, para la sucesión intestada se llamaba a los parientes colaterales hasta el sexto grado, pero en 1928 se llama solo a los parientes hasta el cuarto grado.

En mi opinión, dado que estamos hablando de suceder cuando no hay testamento o este es declarado ineficaz, lo que realmente se quiere es evitar que los bienes queden vacantes y siguiendo nuestra tradición, los bienes deberían quedar en la familia, siempre que se acredite de forma clara que son familia. Es verdad que la consanguinidad debe primar, el vínculo que une a un hermano de sangre o a un hijo o a un parentesco, es algo especial, pero fuera de este grado de parentesco, creo que no debe distinguirse entre parientes afines o por consanguinidad, la relación con sobrinos es en igualdad, no se quiere o está más unido con un sobrino si es hijo de tu hermano que de tu cuñado, el vínculo existe, pero el trato adquiere un carácter superior, y cuando hablamos de herederos intestados hasta el cuarto grado, el código no distingue, y nosotros no debemos distinguir, ya que a la hora del reparto y en el orden del llamamiento ya se ha efectuado la distinción, si hay hermanos ya no se llama a otros parientes. En el caso inicialmente descrito y consultado, la afectividad existe, no hay duda, el pariente cuida de su familiar y dado que no puede testar, la ley debe permitir heredar como pariente por afinidad que es.

#### IV. REGULACIÓN CANÓNICA

Nuestro Código de Derecho Canónico de 1983 sí habla del parentesco por afinidad, recogiéndolo entre los impedimentos del matrimonio, acorde con la norma contenida en el *Corpus Iuris Civilis* (en el siglo VII en el ámbito del Derecho Canónico se prohibía el matrimonio con todos los consanguíneos del cónyuge), su canon 109 conceptúa: «La afinidad surge del matrimonio válido incluso no consumado, y se da entre el varón y los consanguíneos de la mujer, e igualmente entre la mujer y los consanguíneos del varón» y en un segundo párrafo precisa que «Se cuenta de manera que los consanguíneos del varón son en la misma línea y grados afines de la mujer, y viceversa». Canon 110: «Los hijos que han sido adoptados de conformidad con el Derecho civil, se consideran hijos de aquel o aquellos que los adoptaron».

El Derecho canónico se ha ido acercando cada vez más a la vida social y civil de cualquier persona.

Dado que hablamos del vínculo de afinidad por matrimonio, si los contrayentes se han casado por la iglesia está claro que en defecto de norma civil se acude al ordenamiento canónico para saber cómo se computa el parentesco por afinidad, resultando que los cónyuges son parientes afines y como se señala en normas administrativas, penales, fiscales... el matrimonio genera un vínculo extensible a los cónyuges y a sus familiares, así impedimentos de matrimonio (Derecho canónico), imposición de prohibiciones o exención de responsabilidad criminal en delitos patrimoniales, o de responsabilidad de encubridores (Código penal), causas de abstención o recusación (LOPJ), o en el Código civil como prohibición de ser testigos en testamento en su artículo 681, o para disponer a favor del notario autorizante o afines artículo 754, entre otros artículos.

El Codex proclama la ordenación del matrimonio al bien de los esposos. La alianza matrimonial se ordena por su propia índole natural al bien de los esposos. Si los cónyuges viven juntos y contribuyen conjuntamente al levantamiento de las cargas del matrimonio con independencia del régimen económico matrimonial que se les aplique, la voluntad juega pudiendo elegir el régimen económico matrimonial o incluso alterarle o modificarle (art. 1317 CC) o celebrar todo tipo de contratos entre sí (art. 1323 CC) o atribuir la condición de gananciales a un bien, de común acuerdo según el artículo 1355 del Código civil. Está claro, salvo voluntad en contra, que nuestro sistema civil está pensado para disfrutar de los bienes conjuntamente como se ve en el artículo 1318 o, como precisa el artículo 1319 estamos ante responsabilidad solidaria de los bienes comunes respecto a los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia. No conozco ningún caso en que subsistente el matrimonio un cónyuge sea rico y otro pobre, uno vaya de viaje y otro no, se podrán tener gustos diferentes y realizar actividades distintas pero mientras el matrimonio

existe los dos cónyuges viven en la misma casa y comen la misma comida, salvo dietas, alergias o similares. Con esto quiero decir que en vida «lo tuyo es mío y viceversa» si a uno le toca la lotería la disfrutan los dos, si le suben el sueldo las ganancias son para los dos, si compran un coche podrán disfrutar los dos del vehículo, y así podría continuar con muchas citas.

Artículos que ayudan a reafirmar esta postura son el artículo 637 Código civil en materia de donaciones, al disponer: *«Cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa.*

*Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a ambos cónyuges, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario».* Se permite la donación a favor de los cónyuges e incluso el derecho de acrecer entre ellos.

Artículo 1339 del Código civil. *«Los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa».*

Artículo 1353 del Código civil. *«Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuera aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario».*

El trato a favor de los cónyuges es equitativo, proporcional sin distinción, salvo que así se indique expresamente.

## V. EVOLUCIÓN

La profesora MATA SIERRA<sup>17</sup> indica que como lo hace la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 3773) debemos aclarar que fue el Código civil en su versión original, en sus artículos 915 y siguientes el que se ocupó de regular el parentesco al tratar de la sucesión intestada; estos preceptos solo contemplaron el parentesco natural o consanguíneo y solo, también, la filiación legítima o natural, entendida esta última como la derivada de padres que podían contraer matrimonio entre sí en el momento de la concepción, sin tener en cuenta el parentesco por afinidad ni el parentesco civil derivado de la adopción pues, en el orden sucesorio y a efectos legales, solo tomaban en consideración el parentesco fundado en la comunidad de sangre, con diferencias, dentro de la misma, entre el parentesco legítimo y el natural. Con posterioridad a esta regulación inicial la doctrina fue admitiendo otras modalidades de parentesco, lo que ha motivado que, progresivamente, se hable del parentesco natural (inmediato, por consanguinidad, y mediato, por afinidad y cuasianafinidad), del parentesco civil (por adopción) y del parentesco religioso

(por cognición espiritual por el bautismo: padrino y bautizado), quedando reducida la relación entre cónyuges (fuera del parentesco *stricto sensu*) como un vínculo esencial *sui generis*.

Añade esta profesora: en concreto, la evolución del parentesco en las normas civiles ha superado el limitado concepto de parentesco consanguíneo, mediante una serie de actuaciones:

- a) La supresión de la distinción entre filiación legítima e ilegítima natural y no natural (a partir de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que equiparó todas las filiaciones por naturaleza), dando un giro muy importante en el tratamiento, puesto que se establecía claras distinciones según los hijos.
- b) La admisión del parentesco por adopción (en las Leyes de 1958, 1970 y 1981).
- c) El acercamiento de la afinidad a la consanguinidad.
- d) El reconocimiento creciente de las relaciones derivadas de las uniones de hecho *more uxorio*.

Con independencia de las posibles actuaciones de las comunidades autónomas, opina que sea el legislador estatal –por su carácter general y aplicable en todo el ámbito nacional– el que modifique la norma actual para hacer un único grupo de parientes a los que beneficie la reducción que deberá llegar hasta los colaterales de tercer grado inclusive, con independencia de que existan o no parientes más cercanos al causante. Dar un salto más y aplicar este tipo de beneficios a parientes menos allegados e incluso a extraños, en lo que supone de renuncia a determinados ingresos de los que disponen estos Entes regionales, si nos parece que debe ser una decisión de las distintas comunidades autónomas. Es más, aunque esta profesora trata la equiparación de parientes en el ámbito fiscal, no es racional que exista una diferenciación de parentesco según la disciplina jurídica a aplicar. Es deseable que se dicten y sienten unas directrices uniformes para el parentesco en general. Evidentemente en el ámbito matrimonial para casarse debe haber unos impedimentos, en materia de incompatibilidades, como tratos de favor, oposiciones o similares debe haber un control, pero donde más se plantea esta cuestión es en materia fiscal a la hora de pagar impuestos, y la reducción debe aplicarse entre parientes con independencia de parientes consanguíneos o afines, bien por sucesión testada o intestada, pero es evidente que se quiere que los bienes permanezcan en la familia, por eso el tratamiento debe ser en sentido amplio, sin recortes, donde la ley no distingue no se debe distinguir.

En el Código civil catalán se habla de «trato familia», en su artículo 443-5 dispone: «Los derechos sucesorios regulados por los artículos 443-2 a 443-4 quedan excluidos si se acredita que el causante y el sucesor no han mantenido el trato familiar».

Por lo que se ve la tendencia es a buscar una familia amplia donde prime la convivencia y no los vínculos de sangre.

Al analizar la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 3773) se citan varias normas fiscales:

En el artículo 6 de la Ley 19/2010, de 7 de junio de regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en Cataluña se establecen los siguientes supuestos de aplicación en la reducción por la adquisición de bienes y derechos afectos a una actividad económica:

«1. En las adquisiciones por causa de muerte que correspondan al cónyuge, a los descendientes, a los ascendientes o a los colaterales hasta el tercer grado del causante, tanto por consanguinidad o adopción como por afinidad, puede aplicarse a la base imponible una reducción del 95 % del valor neto de los elementos patrimoniales afectos a una actividad empresarial o profesional del causante».

Al hablar de la ley del impuesto de sucesiones y donaciones estatal y la ley del patrimonio pudiendo tener origen el parentesco, aclara el propio legislador, en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción.

Ley 11/2002, de 23 de diciembre de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat Valenciana al punto 4 del apartado dos del artículo diez de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, por la que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y Restantes Tributos Cedidos, se exige, expresamente en la letra b) «Que la participación del causante en el capital de la entidad sea, al menos, del 5% de forma individual, o del 20 % de forma conjunta con sus ascendientes, descendientes, cónyuge o colaterales hasta el segundo grado, ya tenga el parentesco su origen en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción».

De esta forma, en el caso de Castilla y León, el legislador autonómico, en la reducción autonómica propia del 99 por 100 aplicable a este tipo de supuestos, establece que la participación del causante en el capital de la entidad debe ser, como en el caso estatal, al menos igual al 5 por 100, añadiendo la posibilidad de que sea del 20 por 100 de forma conjunta con el cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el cuarto grado de parentesco, ya sea este por consanguinidad, afinidad o adopción.

Esta misma opción se ha utilizado por la Comunidad Autónoma de La Rioja de acuerdo con el artículo 23 de la Ley General Tributaria de 1963, entonces vigente, las normas tributarias deben interpretarse con arreglo a los criterios admitidos en derecho, y que, por tal motivo debe partirse de las reglas sobre el parentesco por consanguinidad para el parentesco por afinidad, ya que «donde la Ley no distingue, no cabe distinguir»; de esta manera, y

teniendo en cuenta el artículo 3 del Código civil 27, el primer criterio interpretativo es el del sentido propio de las palabras, y si el artículo 4.8.2c) de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio habla de cónyuge, ascendiente, descendiente o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad o en la afinidad, lo cuál ha sido respaldado por algún pronunciamiento jurisprudencial.

De esta forma los recurrentes consideran que si el artículo 4.8.2c) del Impuesto sobre el Patrimonio, ya mencionado, no distingue entre afinidad y consanguinidad, lo que les hace interpretar que se están equiparando los distintos tipos de parentesco, y que así como no se extingue el parentesco por consanguinidad por causa de muerte, también ocurrirá lo mismo con el parentesco por afinidad.

## VI. EFECTOS

Podemos ver distintos efectos del parentesco en el ámbito familiar

- a) Impedimentos matrimoniales, principalmente en el derecho canónico.
- b) Instituciones de guarda, para ello se tiene en cuenta la relación de parentesco entre tutor y tutelado. Además la tutela se constituye por el juez y la ley, en el artículo 231 Código civil establece la audiencia de los parientes más próximos.

En otras zonas geográficas como Aragón se habla de junta de parientes y expresamente se menciona parientes consanguíneos<sup>18</sup>.

En Cataluña los artículos 431 y sigs. (Sección 2.<sup>a</sup>: los heredamientos) al hablar de los pactos sucesorios permiten que se otorguen por parientes en línea directa sin limitación de grado, o en línea colateral dentro del cuarto grado, en ambos casos tanto por consanguinidad como por afinidad. Sin embargo en la sucesión intestada su artículo 441-2 llama a los parientes por consanguinidad y por adopción<sup>19</sup>. Se equiparan en su artículo 443-1 al hablar de sucesión en caso de adopción<sup>20</sup>.

Interesa la referencia en el Derecho de sucesiones.

El fallecimiento de una persona produce la sucesión o subrogación de otra u otras en los bienes, derechos y obligaciones transmisibles de que era sujeto.

En el caso de la sucesión legal la vocación tiene su origen en el parentesco. Se trata de buscar la voluntad presunta del causante.

La sucesión intestada es un llamamiento de tipo subjetivo familiar, los destinatarios del mismo son las personas unidas por vínculos de parentesco o matrimonio prioritariamente y solo a falta de ellas se produce el llamamiento a favor del Estado, esta sucesión se considera familiar. NÚÑEZ NÚÑEZ<sup>21</sup> jus-

tifica la sucesión intestada por la necesidad de que, a su muerte, toda persona tenga sucesor, ya que la falta de este ocasionaría un caos en el desarrollo de la vida cotidiana<sup>22</sup>.

Muchos autores consideran que el llamamiento genérico en beneficio de los parientes es evitar que la herencia vaya al Estado. Cuando se llama a los colaterales se aglutina a todos los parientes que estén dentro del cuarto grado sin importarle para nada la procedencia de los mismos, su línea, etc., diríamos que es un llamamiento último a los parientes antes de que la sucesión se la lleve el Estado.

Artículo 913 del Código civil: «*A falta de herederos testamentarios, la ley defiere a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado*».

Se habla de parientes sin más. VATTIER FUENZALIDA<sup>23</sup> entiende que no existe texto legal expreso que excluya dicho parentesco, mientras que la mayor parte de los efectos no patrimoniales y patrimoniales del parentesco se predicen conjuntamente tanto para el cónyuge como para los parientes, si atendemos al contenido sustancial de sus efectos y a las convicciones imperantes en la sociedad, entre cónyuges hay, además del vínculo matrimonial con todas sus consecuencias, un vínculo de parentesco o, al menos, un vínculo asimilable al mismo.

NÚÑEZ NÚÑEZ<sup>24</sup> al referirse al artículo 913, expresa que el parentesco desempeña un gran papel en la sucesión intestada, expresando que «los cónyuges es posible que no sean parientes en el sentido estricto del término, pero son llamados por la ley para suceder al difunto en distintos y variados supuestos, por el vínculo de familia que el matrimonio ha creado entre ellos. No son parientes, pero sí son familiares».

Continúa esta autora «el patrimonio relicto de toda persona fallecida *abintestato* ha de tener un sucesor, es presumible que el testador hubiera deseado que sus parientes se beneficiaran de su herencia, antes de ser llamado el Estado. Si el fundamento básico de la sucesión intestada hunde sus raíces en la necesidad de determinar un destino sucesorio a los bienes relictos, la organización y correspondiente distribución de la herencia ha de responder a las circunstancias que socialmente concurren en cada momento, lo que obliga al legislador a cambiar, cuando proceda, el orden de los llamamientos intestados al variar las circunstancias sociales, económicas o políticas. Este criterio es acorde con el contenido de la norma interpretativa prevista en el artículo 3.1 Código civil pues las leyes deben ser oportunas y necesitan atemperarse a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. El Código civil catalán tiene en cuenta el trato sucesorio a los efectos de derechos hereditarios.

## VII. EL PARENTESCO POR AFINIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Nos resume claramente LUZÓN<sup>25</sup> el parentesco por afinidad, que es tenido en cuenta en diversas disposiciones legales:

1. El Código civil, que ni en su primitiva redacción ni en la actualidad contiene concepto o definición de la misma, se refiere a ella en los artículos 681, 682 y 754, referentes a la capacidad para ser testigo o beneficiario en un testamento, habiéndose prescindido, por Ley 30/1981, de 7 de julio de modificación de la regulación del matrimonio del impedimento para contraer matrimonio entre sí respecto a los ascendientes y descendientes por afinidad legítima o natural, los colaterales por afinidad legítima hasta el cuarto grado y por afinidad natural hasta el segundo, impedimento que en similar extensión recogía la Ley de Matrimonio Civil de 1870, como también se contenía en las Partidas (Ley 5, Título 6, Partida 4, que incluía su concepto).

Añade MARTÍNEZ que desde su supresión como impedimento dispensable para contraer matrimonio por Ley 11/1981, previsto en los anteriores artículos 84 y 85, las referencias en el Código civil a la afinidad son escasas pero las hay. El artículo 175.3.2.<sup>º</sup> prohíbe adoptar a parientes de segundo grado colateral por consanguinidad o afinidad, el artículo 176.2.1.<sup>a</sup> exime de la propuesta de la entidad cuando el adoptado sea huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; los artículos 681.5.<sup>º</sup>, 682.1 la tienen en cuenta para establecer incompatibilidades para ser testigo en los testamentos y el artículo 754.1 prohíbe disponer a favor de afines dentro del cuarto grado del notario autorizante<sup>26</sup>.

La cuestión que aquí debato tiene que ver en el ámbito civil en cuestión hereditaria, y en concreto en sucesión intestada, que es donde se plantea la injusticia manifiesta, dado que el Código civil no distingue en la herencia, orden de llamamiento, hasta el cuarto grado, sin distinguir parientes, pero sobreentendiendo que solo son herederos legales los parientes de sangre. Si también se permite para los adoptados y para el cónyuge no logro entender porque no se puede llamar a la herencia a los parientes colaterales sin distinción, dado que el llamamiento es escalonado y preferente, los derechos no deben restringirse y recortarse, principalmente cuando en línea de cuarto grado esta distinción no tiene mucho sentido y dado que se quiere evitar que los bienes queden vacantes hay que permitir esta sucesión o llamamiento de parientes. Los cónyuges no son parientes en el sentido estricto del término, pero son llamados por ley para suceder al difunto por el vínculo de familia que el matrimonio ha creado entre ellos. No son parientes pero sí son familiares.

Sin embargo, en otros ámbitos como el penal, laboral, administrativo y especialmente el tributario, la afinidad está muy presente, tanto en normas es-

critas como en la jurisprudencia, siendo una materia en torno a la cual se da bastante litigiosidad.

2. En el Código Penal de 1995 son numerosos los artículos en que es tenida en cuenta la afinidad: 57, imposición de la pena prevista en el artículo 48.2 y posible imposición de prohibiciones; 153, menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito; 173, violencia física o psíquica; 180.4.<sup>a</sup>, agresión sexual; 182.2, abusos sexuales; 268, exención de responsabilidad criminal en delitos patrimoniales; 424, cohecho; 443 y 444, acoso sexual de funcionario público; 454, exención de responsabilidad de encubridores.

3. En la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el artículo 219, entre las causas de abstención y, en su caso, de recusación.

4. En el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre, modificada por Ley 14/2003, de 26 de junio), artículo 58.2 y 4, sobre prohibiciones, «parientes, dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad».

5. En el Estatuto General de la Abogacía (RD 658/2001, de 22 de junio), en el artículo 27, respecto a incompatibilidades, y en el Estatuto General de los Procuradores (RD 1281/2002, de 5 de diciembre), en el artículo 27, en cuanto a causas de abstención, aquí se distingue «o un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad».

6. Estatuto del Trabajador habla de parientes hasta segundo grado ya lo sean por consanguinidad por afinidad o por adopción<sup>27</sup>.

7. Ley de Arrendamientos Rústicos, artículo 22: 5. «*No procederán los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente en los casos siguientes:*

*a) En las transmisiones a título gratuito cuando el adquirente sea descendiente o ascendiente del transmitente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o su cónyuge».*

8. En el Derecho Canónico el parentesco por afinidad alcanza una especial trascendencia, en cuanto, ya tempranamente, lo recogió entre los impedimentos del matrimonio, acorde con la norma contenida en el *Corpus Iuris Civilis*, que consideraba ilícito el matrimonio de «los afines con su hijastra, madrasstra, nuera, suegra ni con las demás personas con quienes está prohibido por el antiguo Derecho». Así, prohibido en el siglo VII en el ámbito canónico el matrimonio con todos los consanguíneos del cónyuge, llegó posteriormente a ampliarse la prohibición comprendiendo en la afinidad la derivada de la mera cónyuge extramatrimonial.

En cualquier caso, las normas que se van dictando tienen en cuenta el parentesco, equiparando la consanguinidad con la afinidad, como vemos, entre otros, en el artículo 1.2.6 Ley 1/2013, considera de especial vulnerabilidad a efectos de la suspensión del lanzamiento de la vivienda habitual la «unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el

tercer grado de consanguinidad o afinidad, en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave, que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral».

El artículo 102 RH no permite a los registradores calificar documentos de afines dentro del segundo grado o sus representantes o clientes.

El artículo 28.2 b) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevé la abstención para las autoridades y personal al servicio de las Administraciones en los procedimientos si tienen parentesco de afinidad dentro del segundo grado con cualquiera de los interesados, asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento.

Cuando jueces y tribunales se enfrentan a la interpretación de la afinidad, incluidos TS y TC, fundamentan sus fallos en bastantes ocasiones en las Partidas o el Digesto, o bien consideran que el régimen jurídico de la afinidad es algo que ha de darse «por sabido», o citan jurisprudencia anterior del mismo o de otros ámbitos jurídicos que no siempre tienen identidad de razón. El resultado es que existen resoluciones contradictorias y una notable inseguridad jurídica. En particular, el ámbito tributario está siendo campo de batalla para estas contiendas desde hace años cuando se trata de aplicar las reducciones y exenciones por parentesco en determinados impuestos, como el de Sucesiones y Donaciones o el de Patrimonio.

Una cosa es la decisión sobre si ha de aplicarse o no y en qué cuantía determinada reducción fiscal y a qué grupos y grados de parientes y afines, o ampliar las exenciones fiscales a nuevos parientes pero otra bien distinta es establecer si determinadas personas son entre sí parientes y afines, o qué sistema de cómputo de grado se ha de utilizar para conocer su proximidad o cuando se extingue. Estas constituyen materia de Derecho civil, al igual que el parentesco por consanguinidad, son de índole personal y familiar del individuo y afectan a su estado civil al determinar el *status familiae*<sup>28</sup>.

A esta situación es posible que esté contribuyendo la falta de norma escrita que contenga el régimen jurídico de la afinidad<sup>29</sup>, ya que la afinidad no fue objeto de regulación en nuestro Código civil, a diferencia del parentesco por consanguinidad, pero eso no quiere decir que deba darse un trato discriminatorio. Contrariamente, en otros derechos extranjeros no es así y, la regulan con mayor o menor intensidad, en su respectivo Código civil. Es el caso del artículo 1590 del BGB, el artículo 78 del Código civil italiano, o el 1584 del Código civil portugués. Los hay con mayores determinaciones como el artículo 21 del Código civil suizo que considera que nace en virtud de relación de pareja estable y no solo por matrimonio. El Código civil japonés, donde los afines en línea recta no pueden contraer matrimonio ni después de cesar la relación de parentesco y están obligados sin distinción de líneas a prestarse ayuda mutua si viven bajo el mismo techo, regula la afinidad muy cuidadamente, incluidas las consecuencias

de la disolución del matrimonio por divorcio y no solo por muerte de alguno de los cónyuges.

Finalmente, no es oportuno que las comunidades autónomas con Derecho civil foral o especial lo incluyan en sus respectivos códigos o leyes civiles, se consideren o no competentes en razón del artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE. Se ha dicho que la regulación de los vínculos de parentesco es competencia exclusiva del Estado por incardinarse en las materias «relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas», reservadas al legislador estatal y debe asimismo tenerse en cuenta el artículo 149.1.1.<sup>º</sup> CE que garantiza las condiciones básicas de igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales.

## VIII. EN EL ÁMBITO FISCAL

Merece un tratamiento específico el aspecto fiscal, ya que han sido varias las cuestiones planteadas al respecto, principalmente en el Impuesto de Sucesiones se ha discutido la subsistencia del parentesco por afinidad en caso de que el cónyuge consanguíneo haya fallecido, han sido varias las resoluciones emitidas, pero la tendencia reciente es a ofrecer un trato favorable al parentesco dadas las numerosas quejas presentadas y ganadas por los particulares afectados, lo que ha obligado al Estado a sentar un criterio más equitativo.

El criterio que ha terminado por preponderar en nuestra jurisprudencia<sup>30</sup> es el de que el parentesco por afinidad no se extingue por el fallecimiento de la persona que proporciona el vínculo con el resto del grupo familiar. Aunque haya fallecido la persona que era el nexo, siguen siendo aplicables las reducciones previstas en la Ley para las personas unidas por dicha relación de parentesco. Este criterio ha sido confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2016, en el recurso de casación para unificación doctrina 3316/2015.

Por tanto, el hijo o hija carnal del cónyuge fallecido del causante sigue estando incluida en la expresión genérica de «descendientes por afinidad» del Grupo III del artículo 20, con la trascendencia tanto a efectos de reducciones en base (art. 20) como coeficientes aplicables en cuota (art. 22).

En nuestro Derecho vigente se pronuncia en el mismo sentido el artículo 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 septiembre del Gobierno de Aragón, modificado por artículo 12.7 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas: *«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 hubiere segundas nupcias»*. Lo que es tanto como decir, de una parte, que la afinidad

cesa en caso de divorcio, y de otra parte que 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.

La Ley 29/1987 del impuesto de sucesiones y donaciones en su artículo 20 contiene reglas para determinar la base liquidable y establece una reducción de la base imponible de cuantía variable según el grado de parentesco entre el causante y el beneficiario, dependiendo del grupo en que se encuadren.

Señala MATA<sup>31</sup> la evolución del parentesco en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, desde la perspectiva de la afinidad, sería como sigue:

#### *1. Etapa de 1927 a 1945*

El artículo 54 del Reglamento para la aplicación de la Ley de los Impuestos de derechos reales y sobre transmisiones de bienes (TR de 28 de febrero de 1927), «los parientes por afinidad se consideran extraños para los efectos del Impuesto». En la Tarifa aprobada por el Real Decreto 417/1927 no se hacía tampoco referencia alguna al parentesco por afinidad. Todos los Reglamentos hasta el año 1967 se cuidaron de aclarar que la mención de colaterales y, también, de ascendientes y descendientes se refiere, en todo caso, al parentesco por consanguinidad (y no al de afinidad), especificando como una «*fictio iuris*», que los parientes por afinidad se consideran extraños.

#### *2. Etapa de 1945 a 1964*

La Ley de 17 de marzo de 1945, de reforma de los Impuestos de derechos reales y sobre transmisiones de bienes, admitió, por primera vez, el parentesco por afinidad, en la Tarifa del Impuesto, contemplando el parentesco entre ascendientes y descendientes por afinidad expresando, en la Exposición de Motivos, que dicho parentesco produce efectos importantes en el campo del derecho común. El TR de 7 de noviembre de 1947 no contiene norma alguna relativa al parentesco, limitándose a regular la Tarifa, en cuyo número 34 se incluye a los ascendientes y descendientes por afinidad, quedando el Reglamento encargado de concretar los aspectos generales relativos a la aplicación e interpretación del parentesco reproduciendo, en su artículo 54, las normas sobre parentesco de anteriores Reglamentos, con la sola salvedad de excluir a los ascendientes y descendientes por afinidad de la consideración de extraños. Por su parte, el TR de 1958, el Reglamento de 1959 y posterior TR de 1967 tampoco producen ningún cambio en esta situación de forma que en esta etapa, 1.º) los grados de parentesco referidos en la Tarifa son, en principio, de consanguinidad, con la

salvedad de los ascendientes y descendientes por afinidad; 2.º) los demás parentes por afinidad se reputan extraños y, 3.º) la Tarifa sigue contemplando, en su número 38, los colaterales de grados más distantes del cuarto y las personas que no tengan parentesco con el testador, que son los extraños. Por tanto, si los colaterales son solo consanguíneos, los colaterales por afinidad no están contemplados en la Tarifa, pues, por definición, no son extraños (a pesar de que el artículo 54 del Reglamento de 1947 los asimila, por una «*fictio iuris*», con los mismos, es decir, con los extraños).

### *3. Etapa de 1964 a 1987*

La Ley 41/1964, de 11 de junio de Reforma del Sistema Tributario, tampoco reguló la aplicación de las diversas modalidades y grados de parentesco, declarando vigente, el Reglamento de 1959. El TR de la Ley y Tarifas de los Impuestos generales sobre sucesiones y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados de 1967 en su artículo 30, indica que los grados de parentesco son todos de consanguinidad, salvo los previstos en el número 3 de la Tarifa (ascendientes y descendientes por afinidad) lo que supone que en esta etapa: 1.º) el parentesco entre ascendientes y descendientes, así como entre colaterales, comprende, genéricamente, tanto a los consanguíneos como a los afines; 2.º), para evitar la anterior asimilación, el artículo 30 mencionado especifica que los grados de parentesco son todos de consanguinidad, salvo las excepciones que se contemplan en la Tarifa, que son: los adoptantes y adoptados plenamente, los hijos del anterior matrimonio y del cónyuge del padre o madre de aquellos —hijos con su madrastra o padrastro—, los hijos naturales reconocidos y el cónyuge del padre o madre de aquellos —hijos naturales con su madrastra o padrastro—, y los ascendientes y descendientes por afinidad; y, 3.º) el artículo 30 mencionado no reproduce el artículo 54.2 del Reglamento de 1959, que disponía que «los parentes por afinidad se considerarán extraños a los efectos del Impuesto», evitando la anterior «*fictio iuris*» que contemplaba la Ley.

### *4. Última Etapa*

La Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre sucesiones y donaciones estructura la tarifa en función de tres variables: a) el grado de parentesco, que determina una reducción distinta, según sea el mismo, y que se configura en los cuatro grupos del artículo 20; b) la cuantía de la base liquidable, que lleva consigo la aplicación de tipos según la escala progresiva, por tramos, del artículo 21; y, c) la cuantía del patrimonio del heredero, legatario y donatario, que implica la aplicación de determinados coeficientes

multiplicadores, previstos en el artículo 22. Además deroga el apartado 2 del artículo 30 del TR de 1967, que disponía, según se ha dejado expuesto que «los grados de parentesco a que se refiere la Tarifa son todos de consanguinidad» y no establece ninguna «*fictio iuris*» que asimile a los colaterales por afinidad con los extraños. Tampoco añade nada el Reglamento del Impuesto de 1991.

Yo añadiría la etapa más reciente, esto es:

##### *5. Etapa actual*

En sentencia del Tribunal Supremo de 28/11/2017, n.º 1842/2017, para unificación de doctrina, se reitera y deja muy claro que los cuñados y tíos y sobrinos políticos deben tributar por el impuesto de sucesiones y donaciones como los hermanos y tíos y sobrinos carnales, INCLUSO cuando se haya extinguido el vínculo matrimonial del que surge el parentesco por afinidad. Es decir, que si el Sr. X deja herencia a una sobrina política, esta podrá tributar como tal (y no como una extraña) incluso si ha fallecido antes la esposa del Sr. X.

La Dirección General de Tributos emitió un Informe de 27 de septiembre de 2011 cambiando el criterio mantenido hasta entonces y considerando que las transmisiones (herencias o donaciones) a favor de cuñados, tíos y sobrinos políticos debían tributar como Grupo III, igual que esos mismos parientes por consanguinidad. Con ello, la DGT acató el criterio jurisprudencial manifestado por el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de marzo de 2003 y consolidado mediante sentencia de 14 de julio de 2011.

Posteriormente el Tribunal Económico Administrativo Central, mediante resolución de 8 de julio de 2014 (07760/2012/00/00), reiteró su criterio de que a efectos del Impuesto sobre Sucesiones «la relación de afinidad se mantiene aún después del fallecimiento del cónyuge que originó dicha relación». Añade el TEAC que «este criterio ya fue expuesto en resolución de 3 de diciembre de 2013 de este Tribunal Central y ha sido confirmado por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014». Es importante destacar que al ser criterio reiterado del TEAC vincula a la Administración Tributaria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 239.7 de la Ley General Tributaria.

Pues bien, la sentencia del Tribunal Supremo citada al principio, de 28/11/2017, n.º 1842/2017, viene a reiterar esa doctrina, insistiendo en que colaterales de 2.º y 3.º grado por afinidad deben tributar incluidos en el Grupo III incluso cuando haya fallecido la persona que servía de vínculo entre el causante y el pariente por afinidad.

El notario Luis PRADOS RAMOS<sup>32</sup> se ocupa del parentesco por afinidad.

Señala que el concepto de parentesco por afinidad tiene influencia en el impuesto de sociedades (operaciones vinculadas), en el impuesto de patrimonio y muy especialmente en el impuesto de sucesiones y donaciones. En el ámbito

propio de Cataluña la Dirección General de Tributos de la Generalitat ante la consulta al tratamiento fiscal que podrían tener las operaciones de donación o legado otorgado por el suegro a favor del yerno, y al revés; donación o legado realizada a favor del hijastro; y la donación o legado por el hijastro a favor del padrastro, con remisión a la ley 19/2010, de 7 de junio, de regulación del impuesto sobre sucesiones y donaciones ha señalado: que la regla general es que ascendientes y descendientes por afinidad son equiparados a los colaterales de segundo y tercer grado (grupo III), teniendo por tanto, derecho a una bonificación fiscal de 8000 euros, en el caso de sucesiones y careciendo del derecho a los tipos reducidos en el caso de las donaciones.

Pero, como norma especial dentro del parentesco por afinidad, limitado a las operaciones entre padrastras e hijastros, el artículo 60 ley 19/2010, de 7 de junio señala que las relaciones entre un cónyuge o un conviviente en pareja estable y los hijos de su cónyuge o del otro miembro de la pareja quedan asimiladas, a efectos del impuesto sobre sucesiones y donaciones, a las relaciones entre ascendientes e hijos. Por ello, en caso de herencias o legados entre padrastras e hijastros, estamos en el ámbito de la bonificación de 100.000 euros, con independencia de que pudieran ser aplicable otras, si se dan los requisitos para ello, y en el caso de donaciones se tiene derecho a la cuota reducida del 5, 7 o 9%<sup>33</sup>.

Completando la cuestión sobre la extinción del parentesco por afinidad junto con los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa que concluyen que no hay causa legal en virtud de la cual el parentesco por afinidad se extinga por el fallecimiento de una persona que haga que se pierda el parentesco con el resto del grupo familiar.

La solución más equilibrada en esta materia, quizás es la que proporciona la Comunidad de Aragón, que en el artículo 133-4.2 del TR de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, señala: «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 hubiere segundas nupcias».

Dónde 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, así lo dispone la sentencia de 14 de julio de 2016<sup>34</sup> «donde la Ley no distingue no cabe distinguir».

## 1. DE LOS TRIBUNALES ECONÓMICO ADMINISTRATIVOS

La sentencia TS de 14 de julio 2011 (*RJ* 2011, 6489) indica que al hablar de parentesco referido a colaterales de cuarto grado no diferencia entre consanguinidad o afinidad, por lo que debe entenderse que incluye a ambos.

La sentencia del Tribunal Económico Administrativo Central de 14 de noviembre de 2013 expresa en su fundamento de derecho 4 «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 II, como asimismo es aplicable el coeficiente multiplicador previo para dicho grupo regulado en el artículo 22 de dicha ley, procediendo por tanto anular la liquidación practicada.

La sentencia TS de 25 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4209) para un caso de nombramiento como heredero de un sobrino, el matrimonio nombraba como heredero al sobrino carnal de la mujer, el causante siguió considerando heredero a su sobrino político tras la muerte de la mujer. El vínculo afectivo se mantiene en el parentesco sin distinguir consanguinidad o afinidad, el afecto surge del trato y no hay que distinguir.

## 2. POSICIONES JURISPRUDENCIALES

Hay muchas sentencias que se han ocupado de esta cuestión y recogen el parentesco por afinidad, como la STS de 25 de septiembre de 2017. En la misma línea, se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2017 y de 28 de noviembre de 2017.

En cualquier caso, la cuestión no es pacífica y, dada la contradicción de criterios administrativos y jurisprudenciales, recomendamos el análisis jurídico particular de cada caso<sup>35</sup>.

Después de estos planteamientos bien nos podríamos hacer esta pregunta, a la que responde GÓMEZ TABOADA<sup>36</sup>, «¿Se extingue una vez concluida la relación conyugal que le sirve de nexo o, por el contrario, pervive a esta?» responde siguiendo la STS de 18/3/2003 —previo reconocimiento de que «el acercamiento de la afinidad a la consanguinidad» es una de «las líneas de la evolución del parentesco» operadas en el ámbito del Derecho Civil, lo que le lleva a afirmar que «se ha superado el limitado concepto del parentesco como exclusivamente consanguíneo»— se concluye que «en este caso de autos, el interesado ha sido incluido, por la Administración, como colateral de tercer grado por afinidad, en el Grupo IV; situación que violenta las reglas de la más elemental lógica, pues, de dicho modo, ha sido convertido o bien en un colateral de cuarto grado o de grado más distante o bien en un extraño».

A la pregunta ya planteada «La muerte de un cónyuge extingue asimismo la relación de parentesco por afinidad» responde: «Sin embargo, aún cabe un punto intermedio y ahí, precisamente, es donde se ubica la ecléctica interpretación de la DGT de la Generalitat de Cataluña que, en su Instrucción 4/2006 de 24/7, es el ingrediente volitivo el determinante de la pervivencia o no de la

afinidad respecto al matrimonio que la originó. Interesante, a la par que curiosa, apreciación en la que, por lógica, entiende este autor que habría de ser relevante un nuevo matrimonio del supérstite.

## IX. REFERENCIA AL ACOGIMIENTO DE PERSONAS MAYORES

Resulta necesario, por el valor que aporta hacer una breve referencia a esta cuestión, dada la esperanza de vida en aumento de nuestros mayores, y en muchos casos son los sobrinos los que cuidan a estos mayores.

Viene regulado por la Ley 22/2000 de 29 de diciembre del parlamento de Cataluña, de Acogida de Personas Mayores. Se prevé para la sucesión testada e intestada un derecho de crédito, en ciertos casos, equivalente a una cuarta parte de la herencia.

Su EM dispone «*Sobre la base del estudio que se ha llevado a cabo a partir de datos estadísticos fiables y de carácter sociológico, y de las diversas soluciones que ofrece el derecho comparado, que se han analizado debidamente, se llega al convencimiento de que es procedente establecer una regulación de las situaciones de convivencia entre personas que, sin constituir una familia, comparten una misma vivienda habitual, unidas por vínculos de parentesco lejano en la línea colateral, o de simple amistad o compañerismo, y con la voluntad de ayuda al más débil y de permanencia».*

Artículo 8. Efectos en caso de sucesión intestada.

«1. En la sucesión intestada de las personas acogidas, si la convivencia ha sido por un periodo mínimo de cuatro años, las personas acogedoras tienen el derecho, en concurrencia con descendientes, cónyuge, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o adopción, y conjuntamente si son dos, a ejercer una acción personal y a exigir a los herederos de aquellos, bienes hereditarios o su equivalencia en dinero a elección de los que sean herederos, que representen una cuarta parte del valor de la herencia.

2. También pueden reclamar la parte proporcional de los frutos y rentas de la herencia percibidos desde el día de la muerte de las personas acogidas, o de su valor en dinero.

3. Debe imputarse siempre a cuenta de dicha cuarta parte el valor de los bienes que, por cualquier título gratuito, las personas acogedoras hayan recibido de las acogidas o que estas les hayan atribuido en su herencia aunque renuncien a ella.

4. La acción para formular las reclamaciones establecidas por los apartados 1 y 2 prescribe al año de la muerte de la persona acogida.

5. Si no existen descendientes, cónyuge, ascendientes ni colaterales hasta el segundo grado o si los hijos de estos han premuerto, a las personas acogedoras les corresponde toda la herencia, si la convivencia ha sido por un periodo mínimo de cuatro años».

Las nuevas figuras y consideraciones se adaptan a una amplitud de derechos teniendo en cuenta el trato familiar y la realidad práctica realizada.

Esta norma me parece muy justa y se adapta perfectamente a la tendencia actual de recortar la legítima de los herederos forzados, en aras de una mayor libertad del testador, teniendo en cuenta también que a veces su voluntad puede estar disminuida según su estado mental.

## X. CONCLUSIONES

I. El causante puede actuar libremente en la confección de su testamento, pero en ciertas ocasiones no ha podido hacer testamento o este se ha declarado ineficaz. Cuando no hay sucesión testada debemos acudir a las normas de cada país, siendo el elemento esencial en torno al cual se estructuran los llamamientos abintestatos el parentesco. El problema de este llamamiento es que puede ser que parientes más próximos sin contacto con el causante sea preferentes a otros más lejanos con los que incluso se conviva.

El orden sucesorio es expresión de una comunidad patrimonial de la familia, expresión de la protección que ha de darse respetando el principio constitucional de la propiedad del artículo 33 a través de las herencias y conservación de los bienes en la familia. Es importante que exista un sucesor *mortis causa* para todo causante.

II. La averiguación de la voluntad del testador debe ser en función de la vida realizada. En este caso si el causante está incapacitado y necesitado y sus familiares le han cuidado, es más, hay nombramiento de tutor legal (recordando que el juez para la designación de tutor acude a sus familiares). El fin de la sucesión intestada es evitar que los bienes queden vacantes, si hay parientes colaterales deben ser llamados a su herencia sin distinguir. No hay que acudir a familiares solo para obligaciones sino en términos amplios. Esta búsqueda puede ser a veces difícil y no adecuarse con la verdadera voluntad, por eso siempre es aconsejable hacer al menos un testamento genérico.

III. La realidad social del momento debe apreciarse, el artículo 3 del Código civil está siempre presente, si la ley no distingue nosotros no debemos distinguir, si la evolución jurídica es en base al artículo 9 CE no distinguir, no discriminar, no puede hacerse tal distinción. El llamamiento por parentesco debe ser igual tanto para los consanguíneos como para los afines siempre que se demuestre que hay vinculación o trato.

IV. Choca el que existan distintas consideraciones del parentesco según el ámbito del derecho, es decir, en derecho canónico se tiene en cuenta para casarse (obvio) por impedimentos de parentesco. En derecho laboral, fiscal y penal se habla y distingue según el tipo de parentesco. Es decir cuando la ley quiere dar un trato diferente y distinguir debe indicarlo expresamente, de lo contrario

debemos entender parentesco sin más, incluyendo todos los tipos. Las interpretaciones deben ser literales sobre todo cuando se traten de restringir derechos. Vemos que en muchos artículos se habla de parentesco y en otros se habla de consanguinidad, en otros se hace referencia a los dos tipos. Si fiscalmente hay equiparación, si laboralmente también, en el orden civil también debe ser igual a la hora de poder suceder ab intestato un pariente afín que uno consanguíneo, más si es de ulterior grado.

V. Considero que la tendencia de nuestro derecho es a la equiparación, así equiparación de hijos, equiparación de cónyuge y pareja, es decir, se amplía la familia, si el matrimonio o la unión se ha efectuado y se ha consentido ¿porque no se consideran parientes los afines? con plena equiparación a los consanguíneos? a los sobrinos se les trata igual, no se distingue, el cariño suele hacerse en función del trato pero no de la sangre, los convivientes hablan de suegros, primos respecto a los afines, aunque creo que si no hay vínculo matrimonial este parentesco no existe sí hay muchas leyes que equiparan los efectos de uniones y matrimonios.

La afectividad, la convivencia, la relación se marca en un principio por el vínculo de sangre: filiación, pero con el paso del tiempo se amplía la familia, nacen nietos, sobrinos, etc. El lazo de unión es más fuerte en el primer y segundo grado, pero en el tercero o cuarto lo realmente importante es el cariño recíproco, el trato, la convivencia y no el vínculo de sangre como tal, por eso creo necesaria una reflexión a la hora de hablar en la sucesión intestada de llamamiento de parientes colaterales hasta el cuarto grado, si no se distingue debería de incluirse tanto afines como consanguíneos y evitar que los bienes queden fuera de la familia, dado que en ese grado si hay contacto y relación de afectividad.

Si en materia fiscal hay una tendencia a la equiparación de los parientes el criterio debiera ser idéntico para las demás disciplinas jurídicas.

VI. El tema cuestionado se produce muchas veces en el ámbito fiscal, y aunque ha habido diversas consideraciones las últimas sentencias y resoluciones tienden a no distinguir e incluir a los parientes por consanguinidad y por afinidad en el mismo grupo de reducciones fiscales.

El tratamiento del parentesco debe ser igual en todas las ramas del derecho, de lo contrario produciría una injusticia e inseguridad jurídica.

VII. Con esto quiero sentar una serie de reflexiones sobre el panorama actual hereditario. Considero que nuestro derecho hereditario se basa en vínculos de sangre, pero siempre en un orden, pues el sistema de legítimas debe contemplar los herederos forzados, con gran libertad de actuación del causante. En el caso de testamento no hay problema pero en el llamamiento intestado se tiene en cuenta la prioridad y preferencia de parientes más cercanos, salvo que se demuestre la enemistad. Pero cuando hablamos del derecho de heredar de los parientes, es siempre antes que el estado y cuando se demuestre que existía

una vinculación afectiva con los parientes afines estos debieran heredar con preferencia al Estado. En el caso objeto de estudio, hay tal vínculo, se cuida al causante y además el hijo del primo era tutor del fallecido, en estos casos hay que preferir a los parientes que se saben que existen.

Soy partidaria de una voluntad más amplia del testador, con cierto respeto a las legítimas, si bien estas deben recortarse en aras de más libertad. A la par, el patrimonio debe quedar en la familia, considerando en términos de igualdad a los parientes afines y consanguíneos máxime en casos de afectividad y convivencia demostrada. El artículo 3 del Código civil y el artículo 9 CE hablan de igualdad en la sociedad actual. Las leyes ofrecen una tendencia a la igualdad y no discriminación, en este caso por parentesco. La máxima si la ley no distingue no se debe distinguir, y la interpretación literal hacen al menos replantearse el panorama sucesorio actual, donde incluso se tiende a equiparar al cónyuge con la pareja en todos los ámbitos del derecho.

## XI. INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 28 de octubre de 1965 (*RJ* 1965, 4747)
- STS Sala de lo penal de 11 de noviembre de 1980 (*RJ* 1980, 4473)
- STS, Contencioso-Administrativo, de 5 de febrero de 1981 (*RJ* 1981, 1060).
- STS de 6 de mayo de 1988 (*RJ* 1988, 4019)
- STS de 12 de abril de 1989 (*RJ* 1989, 3007)
- STS de 20 de marzo de 1991 (*RJ* 1991, 2423)
- STS de 20 de diciembre de 1994 (Rec. 6445/1991)
- STS de 2 de noviembre de 1999 (Rec. 3321/1998)
- STS, de 18 de febrero de 1998 (*RJ* 1998, 2209)
- STS de 27 de mayo de 1998 (*RJ* 1998, 4932)
- STS de 18 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 3773)
- STSJ de Murcia de 25 de mayo de 2007 (JT 2007, 1407)
- STS de 14 de julio 2011 (*RJ* 2011, 6489)
- STEAC de 14 de noviembre de 2013
- STS de 1 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 2282)
- Resolución de 8 de julio de 2014 del Tribunal Económico Administrativo Central
- STSJM de las Islas Canarias 442/2014 y STSJ de Madrid 1693/2014
- STS de 14 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 3616)
- STS de 24 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 2661)
- STS de 6 de abril 2017 (*RJ* 2017, 859)
- STS de 25 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4209)
- STS de 28 de noviembre 2017 (*RJ* 2017, 5628).
- STS de 20 de marzo de 2018 (en *La Ley* 14664/2018)

## XII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBACAR LÓPEZ, J.L. (1991). *Código civil*. Tomo III. Madrid. Trivium.
- ALBALADEJO, M. (2008). *Curso de Derecho civil. V. Derecho de Sucesiones*. Madrid. Edisofer.
- CABALLERO GONZÁLEZ, J.M. (1986). «Parentesco». *Nueva Enciclopedia Jurídica*. dir. Buenaventura Pellisé Prats. Tomo XVIII. Barcelona. Seix. (877-894).
- CORAZÓN CORAZÓN, M.R. (2012). La afinidad, una investigación histórica, jurídica y religiosa. *Hispania Sacra*. Vol. 64, n.<sup>o</sup> 129, enero-junio (97-139).
- CRESPO ALLUÉ, F. y otros (2013). *La sucesión hereditaria y el juicio divisorio*. Pamplona. Thomson Reuters.
- CRİADO, E. y otros (1994). *Herencias, testamentos y donaciones. Problemas y soluciones*. Barcelona. Planeta.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. (2015). El parentesco por afinidad, ¿concluye por la extinción del matrimonio?. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*. Madrid. La Ley.Wolters Kluwer (1751-1785).
- GÓMEZ TABOADA, J. (2014). ¿Subsiste, póstumamente, la afinidad?, *El Notario del siglo XXI*. Enero-febrero. Práctica jurídica. <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-53/3652-subsiste-postumamente-la-afinidad>
- HIDALGO GARCÍA, S. (1995). *La sucesión por el Estado*. Barcelona. Bosch.
- LACRUZ BERDEJO, J.L y otros (1993). *Derecho de sucesiones. Elementos de Derecho Civil*, V. Barcelona. Bosch.
- LUZÓN CUESTA, J.M. (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* 2626/2006.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. (2014). El parentesco por afinidad: una laguna del Código civil. Madrid. *La Ley* 6500/2014.
- MATA SIERRA, M.T. (2011). La incidencia del parentesco en la aplicación de la bonificación en el impuesto de sucesiones y donaciones en la transmisión de una empresa familiar (al hilo de la sentencia núm. 465/2007 de 25 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.<sup>a</sup>). En *Pecvnia*, núm. 12: enero-junio (191-208).
- NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (2007). *La sucesión intestada de los parientes colaterales*,, Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. Dykinson.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2016). *Código civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley Madrid. Wolters Kluwer.
- OLAGUÍBEL ÁLVAREZ-VALDÉS, J. (2012). El parentesco por afinidad. La delimitación del concepto y sus efectos y la cuestión de su extinción. *Noticias jurídicas*. en fecha 17 de octubre de 2012 02:47:01. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4800-el-parentesco-por-afinidad-la-delimitacion-del-concepto-y-sus-efectos-y-la-cuestion-de-su-extencion-/>
- ORÓN MORATAL, G. (dir.) (2016). *La familia política ante el ordenamiento jurídico*. Pamplona. Thomson Reuters.
- ROMÁN GARCÍA, A. (1999). *Derecho de sucesiones*. Madrid. Mc Graw Hill.
- ZEJALBO MARTÍN, J. (2016). Tres sentencias fiscales del TS: parentesco por afinidad; aportación a sociedad de finca hipotecada; ajuar doméstico. <https://www.notariosyre>

gistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/varios/tres-sentencias-fiscales-del-ts-parentesco-por-afinidad-aportacion-a-sociedad-de-finca-hipotecada-ajuar-domestico/

## NOTAS

<sup>1</sup> Artículo 943 del Código civil: «*A falta de las personas comprendidas en las dos Secciones que preceden, heredarán el cónyuge y los parientes colaterales por el orden que se establece en los artículos siguientes.*»

Artículo 954: «*No habiendo cónyuge supérstite, ni hermanos ni hijos de hermanos, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes del mismo en línea colateral hasta el cuarto grado, más allá del cual no se extiende el derecho de heredar abintestato.*»

Artículo 955: «*La sucesión de estos colaterales se verificará sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo.*»

<sup>2</sup> LACRUZ cita a ROMAN GARCÍA, 1999, 2.

<sup>3</sup> ALBÁCAR LÓPEZ, 1991, 981 y sigs.

<sup>4</sup> ALBALADEJO, 2008, 411.

<sup>5</sup> LACRUZ BERDEJO, 1993, 452 y sigs.

<sup>6</sup> CABALLERO GONZÁLEZ, 1986, 877.

<sup>7</sup> Artículo 108 del Código civil: «*La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.*»

<sup>8</sup> ORÓN MORATAL, 2016, 29.

<sup>9</sup> CORDERO CUTILLAS en ORÓN MORATAL, 2016, 41.

<sup>10</sup> OLAGUÍBEL ÁLVAREZ-VALDÉS, 2012. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4800-el-parentesco-por-afinidad-la-delimitacion-del-concepto-y-sus-efectos-y-la-cuestion-de-su-extincion-/>

<sup>11</sup> El TS no pone en duda que se trata de una relación bilateral en la que se proyectan sus principales efectos en las dos direcciones. Por lo tanto, según el Supremo, esta bilateralidad permite asegurar que no solo es cuñado el hermano del cónyuge, sino que el cónyuge del hermano también es cuñado.

<sup>12</sup> Artículo 93: Personas especialmente relacionadas con el concursado. Como la base de la relación jurídica de afinidad es la unión de dos familias con un nexo en común, esto genera también unos deberes y usos sociales, que las leyes convierten en obligaciones o normas jurídicas con sus deberes, permisos, prohibiciones e incompatibilidades varias. Y precisamente, con todas estas características, se entiende que la relación entre cuñados está incluida en los conceptos de permisos previstos en el artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores. Por lo tanto, no existe diferenciación entre el permiso porque el suceso haya ocurrido al hermano o hermana o a su cónyuge.

«1. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural:

1.<sup>º</sup> El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan conanáloga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

2.<sup>º</sup> Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior.

3.<sup>º</sup> Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado.

4.<sup>º</sup> Las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los números anteriores o sus administradores de hecho o de derecho. Se presumirá que existe

control cuando concurra alguna de las situaciones previstas en el artículo 42.1 del Código de Comercio.

5.<sup>º</sup> Las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas en el número anterior.

6.<sup>º</sup> Las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de derecho».

<sup>13</sup> Hay que tener en cuenta que hoy se habla de cónyuges, sin distinguir por razón de sexo, debiendo admitir la afinidad también entre las personas del mismo sexo. Un cambio importante al respecto.

<sup>14</sup> CORAZÓN CORAZÓN, 2012, 106.

<sup>15</sup> Otros autores sostuvieron que el parentesco romano llegaba hasta el sexto grado como VOIGT, KLENZE o BONFANTE, y otros como PEROZZI consideraban que era indefinido.

<sup>16</sup> CORAZÓN, 2012, 118.

<sup>17</sup> MATA SIERRA, 2011, 194.

<sup>18</sup> Artículo 170 Llamamiento:

«1. Si a virtud de disposiciones legales, de la costumbre o de acto jurídico, fueren llamados ciertos parientes para intervenir en determinados asuntos familiares o sucesorios no sujetos a normas imperativas, actuarán aquellos reunidos en Junta.

2. Cuando el llamamiento sea consecuencia de acuerdo de los interesados, este deberá constar en documento público».

Artículo 171 Reglas aplicables

«1. La Junta de Parientes se regirá por las disposiciones del llamamiento y, en su defecto o para completarlas, por las reglas contenidas en el presente Título.

2. La fiducia a favor de parientes se regirá, en defecto de instrucciones del comitente o para completarlas, por lo dispuesto en su normativa específica y, supletoriamente, por las normas de este Título.

3. Serán de aplicación supletoria a los miembros de la Junta de Parientes, en la medida que su naturaleza lo permita, las normas relativas a los cargos tutelares, especialmente en materia de causas de inhabilidad, excusa, remoción y responsabilidad».

Artículo 172. Composición.

«1. Cuando la composición de la Junta no estuviere determinada, la formarán los dos más próximos parientes capaces, mayores de edad y no incurso en causa de indoneidad, uno por cada línea o grupo familiar. En igualdad de grado, será preferido el de más edad, salvo entre ascendientes, en cuyo caso se preferirá al de menos.

2. La Junta llamada a intervenir en asuntos de dos personas se formará con un pariente de cada una de ellas».

<sup>19</sup> Artículo 441-2. Llamamientos legales. «1. En la sucesión intestada, la ley llama como herederos del causante a los parientes por consanguinidad y por adopción y al cónyuge viudo o al conviviente en pareja estable superviviente en los términos, con los límites y en los órdenes establecidos por el presente código, sin perjuicio, si procede, de las legítimas».

<sup>20</sup> Artículo 443-1. Principio de equiparación.

«1. El parentesco por adopción surte los mismos efectos sucesorios que el parentesco por consanguinidad. Por tanto, la persona adoptada y sus descendientes adquieren derechos sucesorios ab intestato respecto a la persona adoptante y a su familia, y estos respecto a aquellos.

2. La adopción extingue los derechos sucesorios ab intestato entre el adoptado y sus parientes de origen, excepto en los casos regulados por los artículos 443-2 a 443-4».

Artículo 443-5. Supeditación a trato familiar.

«Los derechos sucesorios regulados por los artículos 443-2 a 443-4 quedan excluidos si se acredita que el causante y el sucesor no han mantenido el trato familiar».

<sup>21</sup> NÚÑEZ NÚÑEZ, 2007, 35.

<sup>22</sup> HIDALGO GARCIA, 1995, 84.

<sup>23</sup> Citado por NÚÑEZ NÚÑEZ, 2007, 87.

«La relación conyugal a pesar de ser el lazo más íntimo que puede existir entre las personas, según CASTÁN, no constituye parentesco, sino vínculo *su generis*, porque la piedra angular del parentesco para el legislador está basada en la procreación. GUILLARTE ZAPATERO coincide con esta opinión: «solo son parientes los que tienen comunidad de sangre, con lo que se excluye que entre los cónyuges medie una relación de tal naturaleza. Opinión no compartida plenamente por VATTIER, entendiendo que entre los cónyuges hay un vínculo de parentesco en virtud de su matrimonio.

<sup>24</sup> NÚÑEZ NÚÑEZ, 2007, 89.

<sup>25</sup> LUZÓN CUESTA, 2007.

<sup>26</sup> Artículo 175.3. «*No puede adoptarse: 2.º A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.*

Artículo 176.2: «*Para iniciar el expediente de adopción será 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 deberá ser previa a la propuesta.*

*No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad».*

Artículo 681 del Código civil: «*No podrán ser testigos en los testamentos:*

*Primero. Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701.*

*Segundo. Sin contenido.*

*Tercero. Los que no entiendan el idioma del testador.*

*Cuarto. Los que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical.*

*Quinto. 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».*

Artículo 682 del Código civil:

«*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».*

Artículo 754 del Código civil: «*El testador no podrá disponer del todo o parte de su herencia en 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.*

*Las disposiciones de este artículo son también aplicables a los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales».*

<sup>27</sup> En relación a la familia política, existe una sentencia judicial. En concreto, se trata de la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de octubre de 2015. Este caso hace referencia a un conflicto que se generó cuando la empresa semipública Aena se negó a conceder permisos a sus empleados, cuando se trataba de familiares con una afinidad de hasta segundo grado.

<sup>28</sup> Como indica el artículo 919 Código civil (y art. 4.3 CC), el cómputo del artículo 918 rige en todas las materias. La filiación, biológica y adoptiva conlleva el parentesco por consanguinidad y adopción respectivamente. Y el matrimonio de algún pariente o el propio, la afinidad.

<sup>29</sup> Ejemplos de sentencias que determinan la afinidad ordenadas por jurisdicciones:

a) La STS, Penal, de 11 de noviembre de 1980 (Ponente: GÓMEZ DE LIAÑO) dice que es pariente por afinidad una prima hermana de la esposa del condenado y la de 2 de noviembre de 1999 (Rec. 3321/1998) afirma que hay «parentesco por afinidad entre un individuo y la hija de su esposa, desde la celebración del matrimonio» (y no antes).

b) La STS, Contencioso-Administrativo, de 5 de febrero de 1981 (Ponente: BOTELLA TAZA) dice que un hijo de un sobrino político tiene parentesco por afinidad con el tío político de su padre y que el grado de parentesco por afinidad se computa conforme al artículo 918 del Código civil; y la de la Secc. 5.<sup>a</sup> de 20 de diciembre de 1994 (Rec. 6445/1991), que dos

sujetos casados con dos hermanas no tienen parentesco de afinidad en segundo grado pues, como es sabido, existe entre cada cónyuge y los parientes del otro.

c) La STS, Civil, de 28 de octubre de 1965 (Ponente: DIEGO DE LA CRUZ) dice que el hijo político (yerno) es afín de primer grado con su suegra; la de 6 de mayo de 1988 (Ponente: MORALES MORALES), que el hijastro (hijo de la esposa) es afín en línea recta. La STS de 12 de abril de 1989 (Ponente: MARINA MARTÍNEZ-PARDO) sobre retracto gentilicio en el Fueno Nuevo de Navarra, y la de 20 de marzo de 1991 contraponen consanguinidad y afinidad.

<sup>30</sup> *Vid.* Notaría de Nervión. <http://www.notariadesevillanervion.com/2016/11/la-reducción-por-parentesco-de-afinidad.html>

<sup>31</sup> MATA, 2011, 201.

<sup>32</sup> El parentesco por afinidad, en <http://notarialuisprados.com/el-parentesco-por-afinidad/>

<sup>33</sup> Por otro lado, las dos sentencias del TSJM de las Islas Canarias 442/2014 y STSJ de Madrid 1693/2014, han señalado que la ley del impuesto de sucesiones al no diferenciar entre parentesco por afinidad y por consanguinidad en el caso de colaterales, tiene como consecuencia la equiparación de los dos tipos, de modo que en el caso de colaterales por afinidad de 2.<sup>º</sup> o 3.<sup>º</sup> grado, tienen derecho a la misma reducción que los colaterales por consanguinidad de 2.<sup>º</sup> o 3.<sup>º</sup> grado, es decir, 8000 euros actualmente en Cataluña y un coeficiente multiplicados de 1, 5882.

<sup>34</sup> Sentencia del TS de 14 de julio de 2016, Recurso 3316/2015. IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES Adquisiciones «*mortis causa*»: reducción en la base imponible en función del grado de parentesco con el causante; sobrino político: inclusión en el grupo III de colaterales de segundo y tercer grado, tanto por consanguinidad como por afinidad; reducción procedente: liquidación basada en la inclusión en el grupo IV: improcedencia.

<sup>35</sup> Así la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJ Madrid 31/10/2013, TSJ Madrid 7/11/2013 y TSJ Madrid 17/4/2015) sostiene que el parentesco por afinidad depende de la subsistencia del matrimonio y afirma que, cuando se disuelve este por muerte de uno de los cónyuges, se extingue el parentesco por afinidad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS 18/3/2003 y TS 1/4/2014) y de otros Tribunales Superiores de Justicia (TSJ Castilla-León 18/7/2013 y TSJ Cataluña 10/1/2013) sostiene la tesis contraria y considera que, pese a la premoriedad de uno de los cónyuges, subsiste el parentesco por afinidad entre el supérstite y los familiares consanguíneos del premuerto. En este mismo sentido, la Direcció General de Tributs i Joc de la Generalitat de Catalunya se ha pronunciado al respecto mediante la Instrucción 4/2006, afirmando que el parentesco por afinidad perdura pese al fallecimiento de uno de los cónyuges.

En virtud de lo anterior y a efectos del ISD recaudado en Cataluña, un colateral por afinidad de segundo y tercer grado no sería considerado un extraño y tendría derecho, por un lado, a la reducción por parentesco en la base imponible y, por otro lado, a aplicar el coeficiente multiplicador del Grupo III de parentesco, menos gravoso que el aplicable a los extraños del Grupo IV.

La sentencia de 20 de marzo de 2018 (en La Ley 14664/2018) sobre reducciones de sobrinos políticos, en que se debate a que grupo se debe incluir el causahabiente que es pariente por afinidad del causante.

<sup>36</sup> GÓMEZ TABOADA, 2014.

*(Trabajo recibido el 12-2-2019  
y aceptado para su publicación el 1-4-2019)*