

# EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LAS HERENCIAS SIN DISTINCIÓN DE TIPOS DE PARENTESCO: DESIGUAL TRATAMIENTO DEL PARENTESCO EN NUESTRO CC

M<sup>a</sup> Eugenia Serrano Chamorro

Catedrático de Escuela Universitaria. Derecho civil. Universidad de Valladolid

PALABRAS CLAVE: Afinidad. Colaterales. Derechos. Herencia. Igualdad. Parentesco.

SUMARIO: I.-Nota introductoria. II. Artículos del CC sobre preferencia del parentesco. III.-Tipos de parentesco. 1. Parentesco por afinidad. IV. Tratamiento de la afinidad en el CC.1.Relación de parentesco por matrimonio. V.La afinidad en otras disciplinas jurídicas. VI. Tratamiento Fiscal. VII. Convivencia familiar con el causante. VIII. Otras discriminaciones por parentesco: protección de la familia.

## I.-NOTA INTRODUCTORIA.

Si queremos hablar de los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento español, lo primero que tenemos que hacer es acudir a nuestra Norma Fundamental: la Constitución Española, que en su Título Primero rúbrica “De los derechos y deberes fundamentales”, dedicando su art. 10<sup>1</sup> a la proclamación de los mismos, su capítulo II “derechos y libertades” en su art. 14 es clave para el estudio que pretendo exponer, pues proclama la igualdad entre las personas al decir. “*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.*” Añade su sección segunda una serie de derechos y deberes, recogidos en los arts. 32 y 33, Artículo 32:”1. *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.*

2. *La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.*”

Artículo 33:”1. *Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.*

2. *La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.*”

---

<sup>1</sup> Artículo 10 CE:

“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

Expuestos estos preceptos constitucionales básicos para la defensa del derecho que quiero presentar en esta comunicación, he de decir que trataré de defender la igualdad en los derechos hereditarios en los distintos tipos de parentesco existentes en nuestro ordenamiento jurídico civil. Es decir, el parentesco por afinidad puede generar derecho hereditario en las herencias de los causantes. Así un sobrino/a o una nuera/yerno puede concurrir a la herencia intestada, para ello hablaremos de la sucesión intestada y de los grados de parentesco.

Nuestra sociedad va cambiando y evolucionando, la familia desde su historia siempre ha sido protegida, la pertenencia a la familia implicaba una serie de derechos y obligaciones, generaba unos lazos de parentesco, dando prioridad a los lazos de sangre y discriminando a los hijos según nacieran o no fuera del matrimonio. El matrimonio era la base esencial para crear y ampliar una familia, los hijos nacidos fuera del matrimonio eran hijos ilegítimos sin tener derecho a heredar, durante siglos se ha otorgado un trato diferente en función del nacimiento, hasta hace poco no existía un tratamiento igual respecto a la filiación, se distinguía según fuera hijos legítimos, ilegítimos o adoptados, en materia de herencias era muy importante, pues no es lo mismo ser heredero forzoso que no tener ningún derecho a la herencia. Hoy en día la familia comprende al matrimonio (cónyuge), pero también al conviviente, pareja o persona unida sin que haya vínculo conyugal<sup>2</sup>. Se extiende a los hijos que tengan así como a los que se adopten, el art. 108 CC expresa " Artículo 108.: "*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".*

La filiación produce una serie de derechos y obligaciones entre las partes,<sup>3</sup> como la obligación de prestar alimentos que obliga al sustento, habitación, vestido ya asistencia médica (art. 142 CC) prestada conforme el art. 143 CC: "*Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:*

1.º *Los cónyuges.*

2.º *Los ascendientes y descendientes.*

*Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación."*

Si para contraer matrimonio se debe dar el consentimiento para la adopción también se da, conforme el art. 177 dispone: "*Habrán de consentir la adopción, en*

---

<sup>2</sup> Son muchas las normas que van otorgando los mismos efectos al cónyuge como a la persona que viva con él o ella.

<sup>3</sup> Relaciones paterno-filiales que se recogen en los arts 154 y ss del CC.

*presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.*"Estos consentimientos generan un vínculo un parentesco con obligaciones y derechos: parentesco por consanguinidad (los hijos tenidos), parentesco por adopción (así lo han querido y consentido) y un parentesco por afinidad (se han querido unir las familias, o al menos los contrayentes) y si en este caso han permanecido unidos los familiares y ha habido un contacto más o menos intenso, es lógico que así se tenga en cuenta.

## II. ARTÍCULOS DEL CC SOBRE PREFERENCIA DEL PARENTESCO.

En un principio el CC parte de una base de la consanguinidad para determinar una serie de derechos y obligaciones, ahora bien no sólo hay que acudir a los vínculos de sangre, cada vez se tiende más a otros lazos de convivencia o de relación.

Como ya he dicho el cónyuge y sus derechos se han ido extendiendo también al conviviente o pareja.

En el parentesco es obvio que prima la sangre pero también se puede dar entrada a otros lazos queridos y consentidos por las partes, si en un matrimonio que puede durar 50 años, ha habido relación familiar amplia, es lógico que el cariño se extienda a primos, tíos, sobrinos políticos, y en este caso ¿porqué no va a poder tener derechos hereditarios?

Para su defensa me baso en los artículos de constitución de la tutela, en los de la adopción y en los de las herencias. Ya he dicho que en la adopción es preciso el consentimiento.

En el parentesco se tiene en cuenta para la constitución de la tutela, la audiencia de los parientes, pues el art. 231 CC habla de audiencia de los parientes más próximos, sin hacer ninguna distinción entre afinidad o consanguinidad, dependerá de la relación en la que se encuentren entre ellos.

Un artículo de especial ayuda es el artículo 234.: "*Para el nombramiento de tutor se preferirá:*

*1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.*

*2.º Al cónyuge que conviva con el tutelado.*

*3.º A los padres.*

*4.º A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.*

*5.º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.*

*Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere.*

*Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor."*

Según este artículo para el nombramiento se tutor existe una preferencia, en primer lugar se atiende a la voluntad, posteriormente se mira la afinidad: cónyuge y finalmente la proximidad del vínculo de sangre, pero este orden se puede alterar si el juez lo considera conveniente en aras de lo más beneficioso para el tutelado esto es, "la integración en la vida de familia del tutor". es la convivencia, el contacto, la relación-unión de las personas. Es por ello que entiendo que en materia de herencias el testador puede disponer voluntariamente, pero si no tiene herederos forzosos y hay convivencia en el llamamiento intestado debe llamarse también a los parientes colaterales sin distinción, tanto por afinidad como por consanguinidad. El estado hereda en último lugar, si observamos nuestra historia el llamamiento de colaterales comprendía incluso hasta el décimo grado. Esto es excesivo, porque seguramente puede que ni se sepa quiénes son, en cambio el cuarto grado de colateralidad si es conocido, y el notario o el juez si se prueba pudiera acreditar que la relación existe entre el fallecido y el pariente. Pensemos en el caso de un sobrino que cuida al tío político, se cuida por motivos de cariño, pero posteriormente sufre una enfermedad y no ha hecho testamento, seguramente le cuida durante unos meses, o años, si le ha estado atendiendo está claro que seguramente el causante quisiera dejarle sus bienes a él antes que al estado, si no hay herederos legítimos se debe hacer un llamamiento amplio, sin distinción de parentesco. Creo que atentaría contra el principio de igualdad proclamado en nuestra CE.

El art. 160 y 161 CC se refiere a parientes y allegados al hablar de protección de menores, y se hace en un sentido amplio, sin distinguir, con libertad de decisión para el juez a la hora de buscar el interés de los menores, por lo tanto esa relación familiar puede depender del trato o relación de convivencia, hay nietos que casi no ven a sus abuelos, y otros en cambio viven con ellos.

### III.-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, éste 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.

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, éste se divide en parentesco de doble vínculo o de vínculo sencillo y también puede ser matrimonial o extramatrimonial<sup>4</sup>

b) la afinidad, que nace del matrimonio (acto voluntario) y suscita posturas muy encontradas en relación no sólo 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 cohesionar los diversos intereses y afectos en conflicto. Basado en un acto jurídico voluntario.<sup>5</sup>

Otros autores como CORDERO CUTILLAS<sup>6</sup> añaden el parentesco socio-afectivo, 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 CC sí regula el parentesco consanguíneo o carnal en los arts. 915 y ss., pero no hay regulación del parentesco por afinidad, sin perjuicio de que aparezca mencionado en diversas normas.

#### 1. Parentesco por afinidad.

---

<sup>4</sup> Artículo 108 CC: *”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>5</sup> Tras la Ley 11/1981, el art. 176.2, lo decía expresamente: «la adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante». Dos meses más tarde (Ley 30/1981) se suprimió el contenido textual del precepto por un lapsus del legislador, pero el régimen jurídico no había cambiado. Un par de años después (Ley 13/1983) se reintrodujo en el mismo art. 176. Al modificarse en 1987 la adopción, se modificó nuevamente el art. 176, y con base en ello, la STS de 23 de mayo de 1991 y obiter dicta la STSJ Cataluña de 19 de julio de 1993 interpretando CC, negaron la relación de parentesco entre el adoptado y la familia biológica del adoptante, una conclusión incorrecta según la mejor doctrina

<sup>6</sup> Vid. ORON MORATAL, G. dir. (2016). *La familia política ante el ordenamiento jurídico*. Thomson Reuters. Pamplona. *Op. cit.* pag. 29.

1. Etimológicamente El término afinidad procede del latín *affinitas-atris* que puede ser traducido por parentesco por alianza, vecindad, cercanía. Utilizándose vocablos similares en lenguas con raíces latinas o, en otro caso, notoriamente distintos.

2. Jurídicamente Cabe distinguir una definición en sentido amplio y otra en sentido estricto, teniendo en cuenta la restricción que ha sufrido con el paso del tiempo.

2.1. En sentido amplio Por la amplitud del concepto que abarca, puede ser definida la afinidad como la relación de parentesco que media entre un cónyuge y los parientes del otro.

2.2. En sentido estricto y según la legislación de la Iglesia

a) Según el C.I.C.<sup>7</sup> de 1917 (canon 97, 2) La afinidad es el parentesco originado entre el marido y los consanguíneos de la mujer y, viceversa, entre la mujer y los consanguíneos del marido.

b) Según el actual C.I.C. de 1983 (canon 1.092) Éste es también el criterio que sigue el actual Código de Derecho Canónico al referirse al parentesco de afinidad

Hay parentesco de afinidad en línea recta ascendente o descendente entre suegro y nuera y entre suegra y yerno; y en línea colateral entre el marido y los hermanos de su mujer, y entre la esposa y los hermanos de su marido. Sin embargo, dicho criterio no lo mantiene el actual Código cuando trata del impedimento matrimonial de afinidad, pues éste no surge con todos los consanguíneos del otro cónyuge, sino sólo y exclusivamente con los consanguíneos del consorte en línea recta, en cualquiera de sus grados

#### IV. TRATAMIENTO DE LA AFINIDAD EN EL CC.

Como bien dice MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>8</sup> el CC español guarda silencio sobre la noción, nacimiento, contenido y posible extinción inter vivos o mortis causa de la afinidad. Desde su supresión como impedimento dispensable para contraer matrimonio por Ley 11/1981, previsto en los anteriores arts. 84 y 85, las referencias en el CC a la afinidad son escasas pero las hay<sup>9</sup>. Sin embargo, en otros ámbitos como el penal, laboral, administrativo y especialmente el tributario, la afinidad está muy presente, tanto en normas escritas como en la jurisprudencia. Y es una materia en torno a la cual se da bastante litigiosidad. Cuando jueces y tribunales se enfrentan a la interpretación de la afinidad, incluidos TS y TC, fundamentan sus fallos en bastantes ocasiones en las

---

<sup>7</sup> CIC.(Codex Iuris Canonici).

<sup>8</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. (2014). "El parentesco por afinidad: una laguna del Código Civil". *La Ley*. La ley 6500/2014.

<sup>9</sup> El art. 175.3.2.º prohíbe adoptar a parientes de segundo grado colateral por afinidad, el art. 176.2.II.1.ª exime de la propuesta de la entidad cuando el adoptado sea huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por afinidad; los arts. 681.5.º, 682.I la tienen en cuenta para establecer incompatibilidades para ser testigo en los testamentos y el art. 754.I prohíbe disponer a favor de afines dentro del cuarto grado del Notario autorizante.

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.

Partiendo de la regulación actual de nuestro derecho civil, debo indicar que el libro III es el que se ocupa de las herencias, en concreto interesa su capítulo III "De la sucesión intestada", en concreto su sección segunda "Del parentesco" arts. 915 a 923.<sup>10</sup> capítulo IV "Del orden de suceder según la diversidad de líneas", arts. 930 a 958.

---

<sup>10</sup> Artículo 915.

La proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones. Cada generación forma un grado.

Artículo 916.

La serie de grados forma la línea, que puede ser directa o colateral.

Se llama directa la constituida por la serie de grados entre personas que descienden una de otra.

Y colateral la constituida por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común.

Artículo 917.

Se distingue la línea recta en descendente y ascendente.

La primera une al cabeza de familia con los que descienden de él.

La segunda liga a una persona con aquellos de quienes desciende.

Artículo 918.

En las líneas se cuentan tantos grados como generaciones o como personas, descontando la del progenitor.

En la recta se sube únicamente hasta el tronco. Así, el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo y tres del bisabuelo.

En la colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Por esto, el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, hermano de su padre o madre, cuatro del primo hermano y así en adelante.

Sección 3.<sup>a</sup> De la sucesión del cónyuge y de los colaterales, arts 943 a 955., donde se marca una preferencia entre los colaterales, se van llamando de tal forma que el más próximo excluye al más remoto, siendo esto así, no entiendo por qué en último lugar no cabe el llamamiento a parientes afines cuando el art. 954. Dice *“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.”* Si la ley no distingue no se debe distinguir, como se mantiene en varias sentencias fiscales que luego citaré<sup>11</sup>.

La CE en su art. 39 dispone: *“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.”*

---

Artículo 919.

El cómputo de que trata el artículo anterior rige en todas las materias.

Artículo 920.

Llámase doble vínculo al parentesco por parte del padre y de la madre conjuntamente.

Artículo 921.

En las herencias, el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar.

Los parientes que se hallaren en el mismo grado heredarán por partes iguales, salvo lo que se dispone en el artículo 949 sobre el doble vínculo.

Artículo 922.

Si hubiere varios parientes de un mismo grado, y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar.

Artículo 923.

Repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante.

<sup>11</sup> Sentencia de 14 de julio de 2016 ( RJ 2016/3616). “donde la Ley no distingue no cabe distinguir”, es obvio que el legislador no ha querido que existieran diferencias entre los colaterales por consanguinidad y por afinidad,

2. *Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*

3. *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*

4. *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”*

Si la ley y nuestra norma constitucional establece esta igualdad de trato, si la legislación tiende a la no discriminación, y dado los caso que surgen en diversas disciplinas jurídicas, resulta apremiante la necesidad de dar unas pautas generales para todo el ordenamiento jurídico, y eso se debería hacer desde la necesidad de cambiar la normativa civil para adaptarla a las necesidades del momento, a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma como dice nuestro art. 3 del CC.<sup>12</sup>

#### 1. Relación de parentesco por matrimonio.

Los cónyuges no son parientes entre sí (aunque en términos coloquiales se hable de «la parienta», no al revés), salvo que antes de casarse ya lo sean pues el art. 47 CC no impide que se casen, por ejemplo, dos primos carnales (parientes consanguíneos de cuarto grado) o tío y sobrina (tercer grado).

Tampoco son parientes los adoptados, sin embargo se permite una equiparación plena con los hijos, por eso lo que no entiendo es que se otorgue el trato discriminatorio para los colaterales. La doctrina autorizada basándose en el art. 916, 3 la línea colateral es la constituida por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común., vienen a defender que el CC sólo concede derechos hereditarios a los parientes consanguíneos.

NÚÑEZ NÚÑEZ<sup>13</sup> al referirse al art. 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".

Si el cónyuge puede ser heredero ( lo que es evidente) si el hijo adoptado también, ¿por qué no pueden heredar in testado los parientes afines?, máxime cuando hay un orden de llamamiento, evidentemente los hermanos tienen una prioridad, ya

---

<sup>12</sup> Art. 3.1CC”. *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.”*

<sup>13</sup> NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (2007). *La sucesión intestada de los parientes colaterales*. Madrid. Dykinson, Universidad Rey Juan Carlos.

constatada en el CC, pero no entiendo por qué se sigue manteniendo esta diferencia si el matrimonio sigue casado y los lazos familiares existen. Hay que tener en cuenta que también hay sentencias que mantienen que la muerte de un cónyuge extingue la afinidad, si bien hoy en día parece más acertada la postura contraria, salvo que los cónyuges estuvieran divorciados, que si lo extinguiría en mi opinión.

Los afines se incluyen en todas las legislaciones autonómicas en el Grupo III, con la salvedad de Cataluña que desde la Ley 2/2014 incluye a los hijastros en el Grupo I, y tanto a aquellos cuya afinidad se derive del matrimonio como aquellos cuya afinidad se derive de la relación de pareja estable (el miembro de la pareja estable está en la legislación catalana el Grupo II, equiparado al cónyuge).

Como bien recoge MARTÍNEZ MARTÍNEZ La discusión<sup>14</sup> se centra en los supuestos de premoriencia del cónyuge que sirve de nexo para la afinidad con el heredero o adquirente, es decir, muerte anterior a la del causante de la sucesión del cónyuge que sirvió de engarce para la afinidad. Las doctrinas contradictorias se han generado en torno a cuatro supuestos: hijastra del causante (éste, viudo de la madre de la hijastra), nuera (viuda del hijo de la causante), sobrina política del causante (éste, viudo de la tía carnal de la sobrina) y cuñada del causante (viuda del hermano del causante). Si se considera que no se extingue, los afines encajan en el Grupo III, y si se entiende que se extingue, en el Grupo IV (el de los extraños).

El eje para fijar el actual estado de la cuestión está en la STS, Contencioso-Administrativo, de 18 de marzo de 2003 (Rec. 3699/1998) que consideró que la afinidad no se extingue por el fallecimiento del cónyuge que sirve de nexo. El TS, tras recoger abundantes citas y referencias históricas también de la legislación anterior sobre el ISD, ratificó la SAN de 5 de marzo de 1998 que había estimado el recurso interpuesto contra resolución del Tribunal Económico Administrativo Central (en adelante TEAC) al negar al recurrente «sobrino carnal de la esposa, premuerta, del causante» la condición de pariente por afinidad a los efectos del ISD devengado por su tío político.

Hasta entonces, bastantes administraciones tributarias, la DGT del Ministerio de Hacienda (consulta de 5 de julio de 2001) y tribunales de justicia autonómicos habían resuelto que sí se extinguía, como por ejemplo, la STSJ La Rioja de 24 de marzo de 2002 y la STSJ Aragón, Contencioso-Administrativo, 384/2001, de 28 de marzo (Rec. 1386/1996).

En el CC Catalán<sup>15</sup> se habla de "trato familia", en su art. 443-5 dispone: "Los derechos sucesorios regulados por los arts 443-2 a 443-4 quedan excluidos si se acredita que el causante y el sucesor no han mantenido el trato familiar".

---

<sup>14</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. (2014). "El parentesco por afinidad: una laguna del Código Civil". *La Ley*. La ley 6500/2014.

<sup>15</sup> En Cataluña los arts. 431 y ss. al hablar de los pactos sucesorios permite 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.

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

## V.LA AFINIDAD EN OTRAS DISCIPLINAS JURÍDICAS.

En otros ámbitos como el penal, laboral, administrativo y especialmente el tributario, la afinidad está muy presente, tanto en normas escritas como en la jurisprudencia. Y es una materia en torno a la cual se da bastante litigiosidad.

a- 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 art. 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.

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

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

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

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

f- Ley Arrendamientos Rústicos

g-En el Derecho Canónico el parentesco por afinidad alcanza una especial trascendencia, en cuanto, ya tempranamente, lo recogió entre los impedimentos del matrimonio,

## VI. TRATAMIENTO FISCAL.

---

Sin embargo en la sucesión intestada su art. 441-2 llama a los parientes por consanguinidad y por adopción. Se equiparan por tanto, en su art. 443-1 así se prevé.

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 Sentencia del Tribunal Supremo de 28/11/2017, nº 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 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, ésta 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 septiembre 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 julio 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, nº 1842/2017, viene a reiterar esa doctrina, insistiendo en que colaterales de 2º y 3º grado por afinidad deben tributar incluidos en el Grupo III incluso cuando haya fallecido la persona que servía de vínculo entre el causante.

## VII. CONVIVENCIA FAMILIAR CON EL CAUSANTE.Y EL PARIENTE POR AFINIDAD

El CC catalán ha dado un gran paso en la libertad del testador para determinar si alguno de los legitimarios no tiene derecho a recibir parte de la herencia mediante la legítima.

El artículo 451-17, e) del Código Civil de Cataluña, establece que "el causante podrá privar a los legitimarios de su derecho a legítima si en la sucesión concurre alguna de las causas siguientes: **la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario.**

Cualquier persona podría pensar que en base a dicho artículo, la simple falta de relación habitual con el familiar puede ser causa suficiente para desheredarlo. Sin embargo, el camino para que dicho familiar no acceda a ninguna parte de la herencia y por lo tanto no cobre la legítima que le corresponde a todos los hijos o ascendientes, no es tan fácil.

Principalmente, una vez hecho el testamento y una vez manifestada la voluntad del testador, en el caso de fallecimiento, el desheredado dispondrá de cuatro años para impugnar dicha desheredación.

Lo que ocurre en este caso, es que es el propio heredero el que tendrá que probar en un juicio, que realmente existía dicha falta de relación, así como que la misma era causada por el propio desheredado. En el caso de que no se llegue a demostrar por el heredero, será el juez el que elimine la voluntad del testador, y conceda al desheredado la legítima hereditaria.

Destacando las sentencias de la AP de Barcelona , Sección 14ª, en su sentencia 37/2014 de 13 de febrero,<sup>16</sup> y en sentido similar la sección 1º en la sentencia de 28/2014 de 29 de enero o la AP de Tarragona en sección 1º, en sentencia 481/2013 de 18 de diciembre.

Eso hace que existan disposiciones a favor de personas cuidadoras, se hablan de familiares más cercanos que cuidan al causante, se considera que la voluntad del testador es suponer que se quiere recompensar a las personas que le han cuidado, y si estas personas son familiares afines, pueden tener derecho a la herencia intestada si el testador no pudo otorgar testamento, pensemos en un caso de persona incapaz.

La tendencia es a ampliar y buscar la voluntad del testador, por eso mis argumentos en favor de libertad del juez o del notario a la hora de probar que esta convivencia y cuidado ha existido. Siendo lógico que se reconozca un derecho a la herencia.

## VIII. OTRAS DISCRIMINACIONES POR PARENTESCO: PROTECCIÓN DE LA FAMILIA.

---

<sup>16</sup> en el supuesto de autos, no es suficiente que la causante se sintiera desatendida los últimos días de su vida, teniendo en cuenta que falleció muy poco tiempo después de otorgar el testamento (17 de agosto de 2010 – 27-11-2010 respectivamente). En este aspecto, cabe añadir que, oída a la actora y la demandada resulta evidente que las relaciones entre la causante y su hija, hoy actora, no eran tan pacíficas como aparentaban frente a los demás, y que, en especial los últimos meses de su vida no estuvo presente, pese a sus razonamientos, conocedora de la grave enfermedad que padecía la madre, pero ello no se erige en causa suficiente de desheredamiento conforme a la dicción literal del precepto

El matrimonio alcanza consagración en los principales tratados sobre derechos humanos, así, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 16.1, señala: "los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio".

Y en el artículo 16.2, agrega: "sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio".

El ámbito de protección, desde la perspectiva de las normas civiles, está determinado por la existencia del matrimonio, las normas sobre filiación, los alimentos, los derechos sucesorios e, incluso, sobre violencia intrafamiliar. En conjunto, integran un estatuto protector de las relaciones familiares.

En España se ha sostenido: "el artículo 12 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, establece que 'a partir de edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho'. Esta disposición ha llevado a considerar en algunos países que el derecho a contraer matrimonio se incluye entre los derechos fundamentales del hombre, aunque directamente no aparezca mencionado en la lista de los mismos"

En este orden de ideas según la NLMC, en el artículo 1º: "el matrimonio es la base principal de la familia". Con esta aseveración, el matrimonio es la forma principal de constituir familia, con lo cual reconoce que hay otras formas de constituir familia como las uniones de hecho, las familias monoparentales o las familias ensambladas. Si el matrimonio es la pieza clave, esta unión debe llevar a un parentesco con derechos, no sólo con obligaciones de ahí mi defensa en ampliar la familia política, siempre que se pruebe la relación y afecto mantenido en vida.

1. STC 9/2010 de 27 de abril sobre el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de nacimiento. STEDH de 13 de julio de 2004 condenando al estado andorrano sobre nietos adoptivos al negarse tal carácter en la herencia del abuelo.<sup>17</sup>

Del contenido de la demanda se desprendería, en efecto, que el motivo de la queja planteada es la discriminación que las recurrentes dicen haber sufrido como consecuencia de que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, fundándose en su

---

<sup>17</sup> las alegaciones de los demandantes se fundaban en que se había producido con respecto del primero de ellos una discriminación, tanto por parte del Tribunal Superior de Justicia como por parte del Tribunal Constitucional, en materia de derechos sucesorios, dada su filiación. En su virtud, se había infringido el artículo 8 considerado aisladamente y también el 145, ambos preceptos de la CEDH.

condición de hijas adoptivas, las excluyó de llamamiento a la herencia de su abuelo paterno realizado en favor de los hijos legítimos de los instituidos en el testamento.

Entrando ya en el fondo de la cuestión planteada, el Fiscal advierte que «no se puede olvidar la eficacia directa y vinculante para todos los poderes públicos, incluido el Judicial, de las normas que proclaman los derechos fundamentales», como lo es el invocado derecho a la igualdad y a no ser discriminado, cuyo alcance en relación con el contenido unitario de la filiación ha sido oportunamente precisado por la doctrina constitucional a la luz del mandato constitucional contenido en los arts. 14 y 39.2 CE (STC 200/2001, de 4 de octubre). Sin embargo, a juicio del Ministerio Fiscal no ha sido éste el criterio seguido por la Sentencia recurrida en amparo, que sanciona la exclusión de las demandantes de la herencia de su abuelo por ser hijas adoptivas de uno de los hijos del causante al entender que, conforme a la legislación común y foral existente en el momento en el que se abrió la sucesión, los hijos adoptivos no podían considerarse puestos en condición salvo que así lo dispusiera el causante, y ello a pesar de que en la actualidad sea efectiva la igualdad entre todos los hijos en materia sucesoria merced a lo dispuesto en los arts. 14 y 39.2 CE y a las modificaciones operadas a su amparo en la legislación ordinaria, de la que, según señala el Tribunal Superior de Justicia, no puede hacerse aplicación retroactiva al presente caso.

En opinión del Fiscal, las razones que fundamentan esta decisión no son compatibles con las exigencias que derivan del derecho reconocido en el art. 14 CE. A dicha conclusión se llegaría atendiendo la secuencia temporal en que se desenvuelve el proceso sucesorio considerado, puesto que en 1997, cuando se produce el llamamiento a la herencia de las demandantes de amparo tras resultar infructuosos los anteriores, existía ya un reconocimiento positivo de la equiparación entre hijos adoptivos y por naturaleza, por lo que no podría sostenerse que la aplicación de dicho régimen al caso enjuiciado entrañe retroactividad de ningún tipo. De lo que se trata, en definitiva, es de aplicar a cada una de las fases que pueden distinguirse en el proceso sucesorio, que se inicia con la apertura de la sucesión y finaliza con la adquisición de la herencia, la legislación que está vigente en cada una de ellas. Pues bien, la sustitución ordenada por el causante respecto de los hijos instituidos herederos en forma sucesiva se somete a una condición consistente en que los sustitutos sean hijos legítimos de los instituidos herederos, cuyo cumplimiento debe apreciarse en el momento en el que los sustitutos son llamados, momento éste en el que, por lo que aquí nos concierne, era inconstitucional en nuestro ordenamiento distinguir, atendiendo al único dato de la filiación, entre hijos adoptivos e hijos legítimos, razón por la cual esa condición se encontraría prohibida por la ley.

En segundo término, las comparecientes también alegan que la Constitución no ha derogado el principio de libertad de testar y que el principio de igualdad de los hijos con independencia de su filiación únicamente implica que los derechos que la ley les otorga corresponden a todos los hijos por igual respecto de sus padres, pero no que el testador esté obligado a repartir la herencia en partes iguales entre todos sus hijos. En la medida en que las fincas fideicomitidas sobre las que versó el proceso judicial

constituían la parte de libre disposición de dicha herencia, el testador fideicomitente habría obrado en el ejercicio legítimo de su derecho a la libertad de testar al llamar como sustitutos vulgares de los fideicomisarios premuertos a los hijos legítimos de éstos.

Es muy interesante el voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia que resuelve el recurso de amparo núm. 1026-2004.

“En el ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 LOTC expreso mi posición discrepante con la Sentencia aprobada, en la que se declara que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, al interpretar una cláusula testamentaria, ha vulnerado el derecho de las recurrentes a la igualdad y a no ser discriminadas por razón de nacimiento (art. 14 CE en relación con el art. 39.2 CE).

Comprendiendo la incidencia que en la decisión de la Sala ha tenido la STEDH recaída en el caso Pla y Puncernau c. Andorra, aunque no pueda decirse que sean supuestos parejos, considero en cualquier caso que en nuestro Derecho interno la cuestión relativa a la aplicación de las normas sobre la interpretación de los testamentos pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria, de modo que a este Tribunal Constitucional no le corresponde revisar, en vía de amparo, la apreciación que de las mismas hayan realizado los órganos judiciales, a menos que sea dicha interpretación la que lesione el contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

En este sentido, debe tenerse presente que nadie tiene derecho a un acto de liberalidad, por lo que las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE no se proyectan sobre los actos de liberalidad inter vivos o mortis causa. En nuestro Derecho civil sucesorio, tanto común como foral, se confiere a la persona un amplio ámbito de libertad de disposición mortis causa sobre sus propios bienes, de modo que, respetando en su caso el régimen de legítimas, el causante puede disponer de ellos para después de su muerte del modo que estime conveniente, sin necesidad de ofrecer justificación sobre su decisión ni estar vinculado por las prohibiciones contempladas por el art. 14 CE.

Siendo esto así, puesto que en materia de interpretación de las disposiciones testamentarias la única regla básica de nuestro Derecho es la indagación de la voluntad del testador (arts. 675 del Código civil y 110 del Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña), considero que si, tras la oportuna labor exegética, el órgano judicial alcanzase la conclusión de que la misma fue excluir de la herencia a los adoptados (o a cualquier otra categoría de personas), tal consecuencia no entra por sí misma en colisión con el art. 14 CE, pues tanto ese resultado como el contrario son opciones igualmente válidas constitucional y legalmente, acordes con el ejercicio de la libertad de testar, ante las cuales los poderes públicos han de mantenerse neutrales.

En consecuencia, sólo si la interpretación que el órgano judicial realizase de la cláusula testamentaria pudiera conceptuarse —conforme a nuestro reiterado canon de control— como arbitraria, irrazonable o incurso en error fáctico, habríamos de calificar la resolución judicial como contraria, ante todo, al 24.1 CE.”

La cuestión ha sido tratada por varios autores<sup>18</sup>, simplemente indicar que considero que hay que leer la cláusula testamentaria y retrotraernos al momento en que se escribió, si bien dice «hijos de legítimo y canónico matrimonio», entiendo que la voluntad del causante es clara y no existe ninguna discriminación.

---

<sup>i</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>18</sup> CAROL ROSÉS, F. (2013). “Reflexiones sobre la libertad de testar y la STEDH de 13 de julio de 2004”. *Revista de derecho UNED*. nº 12. Pp 129-158  
DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2014). “Dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional acerca del derecho de sucesiones”. *Estudios de derecho de sucesiones. La ley*. pp. 347370.