



Roj: **STSJ M 5449/2012 - ECLI:ES:TSJM:2012:5449**

Id Cendoj: **28079330052012100450**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **31/05/2012**

Nº de Recurso: **779/2009**

Nº de Resolución: **511/2012**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ALVARO DOMINGUEZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

C/ General Castaños, 1 - 28004

33009730

NIG: 28.079.33.3-2009/0135589

Procedimiento Ordinario 779/2009

Demandante: COMUNIDAD DE MADRID

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

Demandado: Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid. Ministerio de Economía y Hacienda

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

D./Dña. Cecilia

PROCURADOR D./Dña. MARIA FUENCISLA MARTINEZ MINGUEZ

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE

MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

SENTENCIA 511

RECURSO NÚM.: 779-2009

LETRADO COMUNIDAD DE MADRID

PROCURADOR D./DÑA.: MARIA FUENCISLA MARTINEZ

Ilmos. Sres.:

Presidente

D. José Alberto Gallego Laguna

Magistrados

D. José Ignacio Zarzalejos Burguillo



Dña. María Antonia de la Peña Elías

D. Álvaro Domínguez Calvo

En la Villa de Madrid a 31 de Mayo de 2012

Visto por la Sala del margen el recurso núm.779-2009 interpuesto por la COMUNIDAD DE MADRID representado por su letrado contra fallo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid de fecha 26-5-2009 reclamación nº NUM000 interpuesta por el concepto de patrimonio habiendo sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por su Abogacía, siendo codemandada DÑA. Cecilia , representado por la procuradora DÑA. MARIA FUENCISLA MARTINEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la representación procesal del recurrente, se interpuso el presente recurso, y después de cumplidos los trámites preceptivos, formalizó la demanda que basaba sustancialmente en los hechos del expediente administrativo, citó los fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso, y concluyó con la suplica de que en su día y, previos los trámites legales se dicte sentencia de conformidad con lo expuesto en el suplico de la demanda.

SEGUNDO: Se dio traslado al Abogado del Estado, para contestación de la demanda y alegó a su derecho lo que consideró oportuno, y solicitó la confirmación en todos sus extremos del acuerdo recurrido.

TERCERO: No estimándose necesario el recibimiento a prueba ni la celebración de vista pública, se emplazó a las partes para que evacuaran el trámite de conclusiones, lo que llevaron a efecto en tiempo y forma, señalándose para la votación y fallo, la audiencia del día 29-5-2012 en que tuvo lugar, quedando el recurso concluso para Sentencia.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr.. Magistrado D. Álvaro Domínguez Calvo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se somete a la consideración de la Sala la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid de fecha 26 de Mayo de 2009, por medio de la cual se estima la reclamación económico-administrativa promovida por Doña Cecilia contra la resolución desestimatoria de solicitud de devolución de ingresos indebidos, dictada por la Dirección General de Tributos de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, relativa a Impuesto sobre el Patrimonio, ejercicio 2002.

SEGUNDO .- La cuestión que hemos de resolver en esta instancia jurisdiccional es la de la procedencia de la solicitud de devolución de ingresos indebidos que Doña Cecilia presentó ante la Administración Tributaria en relación con la declaración del Impuesto sobre el Patrimonio correspondiente al ejercicio 2002.

En su solicitud de devolución de parte de lo ingresado alegó que "se cometió el error de incluir como no exentas 450 participaciones por un importe de 1.045.876,50 euros de la entidad INMOBILIARIA DE ARRIENDOS S.L., cuando dichas participaciones están exentas al reunir los requisitos y condiciones establecidos en el apartado octavo nº 2 del artículo 4 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio ".

La Agencia Tributaria desestimó la solicitud, al considerar que la afinidad es el parentesco que surge con los familiares del cónyuge y que, por definición, exige la subsistencia del cónyuge, de modo que su fallecimiento produce la desaparición del parentesco por afinidad. Y ello por cuanto las funciones de dirección a las que se refiere la norma para gozar de la exención eran ejercidas por el hermano de su difunto marido, que había fallecido en 1996, por lo que a fecha 31 de diciembre de 2002 no existía parentesco por afinidad entre la solicitante y los hermanos de su difunto marido.

Ante la desestimación de la solicitud, la interesada interpuso reclamación económico-administrativa, alegando, en esencia, que el fallecimiento del cónyuge no produce la desaparición del parentesco por afinidad, citando a tal fin, en apoyo de su pretensión, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2003 , en relación con la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

El TEAR, en la resolución ahora impugnada, estima la reclamación planteada por considerar que ésta es la solución que cabe predicar tras la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2003 , que se refiere a un sobrino carnal de la esposa, premuerta, del causante, considerándolo como un colateral de tercer grado por afinidad, y en la que no se hace referencia a que el parentesco haya desaparecido porque la esposa del causante hubiera fallecido con anterioridad.



A ello añade que el Código Civil no establece que el parentesco por afinidad se extinga por el fallecimiento de una persona y el criterio interpretativo de la literalidad del artículo 3.1 del mismo. De todo ello colige que se cumplen todos los requisitos para poder gozar de la exención reclamada.

TERCERO .- El Letrado de la Comunidad de Madrid se alza contra la resolución del TEAR suplicando la anulación de la misma y la confirmación de la liquidación practicada por la Comunidad de Madrid. Y para ello argumenta, con cita de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2005 y de diversas Consultas de la Dirección General de Tributos (Consulta 1408/2001, de 5 de julio y Consulta 916/2007), que el parentesco por afinidad se extingue por el fallecimiento del cónyuge, por lo que en el presente caso Doña Cecilia , en el momento del devengo del impuesto (31 de diciembre de 2002) no forma parte del grupo familiar integrado por los hermanos de su difunto marido (fallecido en el año 1996), siendo uno de dichos hermanos el que ejerce las funciones de dirección de la sociedad, por lo que no resulta posible aplicar la exención a las participaciones propiedad de la reclamante, al no concurrir los requisitos exigidos por la Ley.

Tanto la Administración del Estado como la representación de Doña Cecilia formulan contestación de la demanda solicitando su desestimación, citando a tal fin la aludida sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2003 y las sentencias de diversos Tribunales Superiores de Justicia, a propósito del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (TSJ de Murcia de 25 de mayo de 2007 y TSJ de Asturias de 20 de febrero de 2009).

CUARTO .- La exención discutida en la presente litis es la prevista en el artículo 4.8 apartado Dos de la Ley 19/1991, de 6 de Junio, del Impuesto sobre el Patrimonio , que a la fecha de devengo del impuesto (31 de diciembre de 2002, artículo 29 de la Ley del Impuesto) tenía la siguiente redacción:

Están exentas las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, siempre que concurren las condiciones siguientes:

a) *Que la entidad no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entenderá que una entidad no gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por tanto, realiza una actividad empresarial cuando, por aplicación de lo establecido en el artículo 75 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades , dicha entidad no reúna las condiciones para considerar que más de la mitad de su activo está constituido por valores o es de mera tenencia de bienes.*

b) *Que, cuando la entidad revista forma societaria, no concurren los supuestos establecidos en el artículo 75 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades , salvo el recogido en la letra b) del número 1 de dicho artículo.*

c) *Que la participación del sujeto pasivo en el capital social sea al menos del 15 por 100, computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción.*

d) *Que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por ciento de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal.*

(...)

Cuando la participación en la entidad sea conjunta con alguna o algunas de las personas a las que se refiere la letra anterior, las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma deberán de cumplirse al menos en una de las personas del grupo de parentesco, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención (...).

QUINTO .- Expuestas las posiciones de las partes y la normativa que resulta de aplicación, esta Sala considera que el artículo 85 del Código Civil , que dispone que "el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio", permite entender, aunque así no se disponga expresamente en ningún precepto legal, que la muerte de un cónyuge extingue asimismo la relación de parentesco por afinidad que existía entre aquel cónyuge y los parientes por consanguinidad del otro.

Esta interpretación, a nuestro entender, resulta totalmente lógica y coherente, pues de lo contrario, subsistiría el vínculo por afinidad cuando tras el fallecimiento, el cónyuge superviviente contrae nuevas nupcias, o, tras el divorcio, uno de los cónyuges nuevo matrimonio. De esta manera, la persona que contrae nuevo matrimonio tendría vínculo por afinidad con los parientes consanguíneos de uno y otro cónyuge, lo que resulta totalmente contrario a la naturaleza y esencia del parentesco por afinidad.

Y es que, en efecto, podemos afirmar que la afinidad es el parentesco que surge con los consanguíneos del consorte, lo que, por definición, exige la subsistencia de esa persona que sirve de nexo o enlace para establecer



el parentesco y cuya desaparición (bien sea física, en caso de muerte, bien sea jurídica, como vínculo con el cónyuge, en caso de divorcio) implica la inmediata desaparición jurídica del parentesco.

En definitiva, el parentesco por afinidad se genera y sostiene mientras se mantenga el matrimonio, por lo que desaparecido el vínculo matrimonial -sea por fallecimiento, sea por divorcio-, se rompe entre los cónyuges cualquier relación parental, e igual ruptura se produce respecto de la familia de uno de ellos en relación con el otro, desapareciendo, en consecuencia, el vínculo por afinidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 2003, en la que se sustenta el TEAR para estimar la reclamación y la representación de Doña Cecilia para oponerse a la demanda, ni constituye Jurisprudencia, ni se refiere al Impuesto sobre el Patrimonio, ni trata con una mínima profundidad el tema que aquí nos ocupa y que no es otro que el de dilucidar si el fallecimiento de un cónyuge extingue el parentesco por afinidad.

En la indicada sentencia, la cuestión de fondo consistía en dilucidar si el sobrino carnal de la esposa premuerta del causante y testador debe considerarse comprendido como colateral de tercer grado por afinidad, en el Grupo III del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, o por el contrario, como extraño, en el Grupo IV del artículo. Y aunque en ella no se haga referencia a que el parentesco haya desaparecido porque la esposa del causante haya fallecido con anterioridad, tampoco declara expresamente que el parentesco por afinidad perviva tras el fallecimiento, pues, como hemos indicado, no procede a estudiar el tema aquí debatido.

De esta forma, al fallecer el marido de Doña Cecilia en el año 1996, el parentesco por afinidad entre ésta y los parientes consanguíneos de aquél quedaba extinguido, por lo que a la fecha del devengo del impuesto (31 de diciembre de 2002), no concurría el requisito exigido en el artículo 4.8 dos de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio (en la redacción vigente a tal fecha) consistente en que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad fuese al menos del 15% computado de forma individual, o del 20% conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tuviera su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción. Por faltar dicho requisito, es obvio que no procedía la exención aducida, por lo que debe estimarse la demanda planteada por el Letrado de la Comunidad de Madrid en el sentido interesado en el suplico de la misma.

SEXTO.- No apreciándose temeridad procesal ni mala fe en la actuación de ninguna de las partes, no procede hacer imposición de las costas causadas, atendiendo a lo dispuesto en el art. 139 de la Ley de esta Jurisdicción.

Por todo lo expuesto, en nombre de S.M. EL REY y en virtud de la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid de fecha 26 de mayo de 2009 que ha sido identificada en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, por lo que anulamos la misma al resultar contraria al Ordenamiento Jurídico, y en consecuencia, confirmamos la liquidación realizada en su día por la Comunidad de Madrid.

Y todo ello sin realizar especial imposición de las costas procesales devengadas con ocasión del presente recurso contencioso-administrativo.

Contra esta sentencia no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, y definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente D. Álvaro Domínguez Calvo, hallándose celebrando audiencia pública el mismo día de su fecha; certifico.