



Roj: **STSJ M 3481/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:3481**

Id Cendoj: **28079330082017100133**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **04/05/2017**

Nº de Recurso: **87/2016**

Nº de Resolución: **244/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **EMILIA TERESA DIAZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Octava C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004 33009710 NIG: 28.079.00.3-2016/0001978 Procedimiento Ordinario 87/2016 O - 01**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN OCTAVA

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 87/2016 SENTENCIA Nº 244/2017**

Ilmos. Sres.:

Presidente: D<sup>a</sup> Amparo Guilló Sánchez Galiano Magistrados: D<sup>a</sup> Emilia Teresa Díaz Fernández D. Rafael Botella García Lastra D<sup>a</sup> Juana Patricia Rivas Moreno D. Francisco Javier González Gragera

En la Villa de Madrid, a 4 de Mayo de 2017.

VISTO el Recurso Contencioso Administrativo **ProcedimientoOrdinario número 87/2016** formulado ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por D<sup>a</sup> Marí Trini , representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Adela Cano Lantero, asistida de la Letrada D<sup>a</sup>. Efraína Fernández García, contra la desestimación presunta del recurso formulado frente a la resolución de **22/10/2015** del Director General de la Familia y el Menor de la Consejería de Políticas Sociales y Familia, en el que se deniega el Alta en el Título de Familia Numerosa en base a lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 40/2003 .

Ha sido parte demandada la Comunidad de Madrid, representada y asistida por su Letrado.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Interpuesto el Recurso ante el Tribunal Superior de Justicia, registrándose en fecha 3/2/2016. Se reclamó el Expediente a la Administración, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, presentando la misma en fecha 20/4/2016, expresando en los hechos y fundamentos de Derecho las alegaciones que consideró de aplicación, solicitando que se dicte Sentencia estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

**SEGUNDO.-** La Comunidad de Madrid, debidamente representada, contestó a la demanda en fecha 19/5/2016, se opuso a la misma, de conformidad con los hechos y fundamentos que invocó, solicitando que se dicte Sentencia desestimatoria del recurso y confirmarse la resolución recurrida.

**TERCERO.-** En fecha 20/5/2016 recayó Decreto de cuantía. Mediante4 Auto de 20/5/2016 se acordó el recibimiento del pleito a prueba con el resultado que obra en autos. Al haberse solicitado trámite de conclusiones así se acordó, presentando las partes, por su orden dichos escritos, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento, notificándose a las partes según consta en las actuaciones.



**CUARTO.-** Mediante providencia de fecha 17/3/2017, se señaló para votación y fallo del recurso la audiencia del día 26/4/2017, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Emilia Teresa Díaz Fernández, quien expresa el parecer de la Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente Recurso Contencioso-Administrativo se dirige contra la resolución de **22/10/2015** del Director General de la Familia y el Menor de la Consejería de Políticas Sociales y Familia, en el que se deniega *"el Alta en el Título de Familia Numerosa en base a lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 40/2003, por entender que en este caso el ascendiente es soltero con dos hijos y ninguno de ellos tiene reconocido ningún grado de discapacidad -"*

Se insta en este procedimiento según el tenor del suplico de la Demanda rectora de autos: <<< *"y previos los trámites, dicte Sentencia por la que, estimando el presente recurso:1. Declare que no es conforme a Derecho y anule la desestimación presunta del recurso potestativo de reposición, presentado por la Sra. Marí Trini con fecha 4 de diciembre de 2015 y, asimismo, declare que no es conforme a Derecho y anule la Resolución impugnada.2. Reconozca el derecho de mi representada a obtener el Alta del Título de Familia Numerosa.3. Se indemnice a mi representada por los daños irrogados por la denegación del alta en el título de familia numerosa desde que lo solicitó el 22 de octubre de 2015 hasta que recaiga sentencia en el presente recurso contencioso-administrativo. La compensación en metálico deberá abarcar los siguientes conceptos de los que mi representada se está viendo privada injustamente, a lo que habrá que sumar los intereses legales:- Bonificaciones del 45 % en las cuotas a la Seguridad Social en el caso de contratación de una cuidadora (se adjuntan recibos de las cuotas de Seguridad Social abonados hasta la fecha como Documento número 1).- Descuentos sobre la factura del agua (se adjuntan recibos del agua abonados hasta la fecha como Documento número 2) y de la luz (se adjuntan recibos de la luz abonados hasta la fecha como Documento número 3).- Bonificación en el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (se adjuntan recibos del IBI abonados hasta la fecha como Documento número 4).- Derechos de preferencia para conseguir becas y reducción del 50% de tasas y precios públicos en el ámbito de la educación.- Descuento en el abono transporte.- Descuentos en el precio de entrada a museos e instalaciones deportivas.- Daños por la pérdida de 1,5 puntos adicionales que otorga la situación de familia numerosa en el Baremo de admisión para Centros educativos públicos.- Daños morales.4. Condene en costas a la Administración demandada.">>>*

**SEGUNDO** .- Para el análisis del caso enjuiciado, debemos tener en cuenta la normativa aplicable que no es otra que la Ley 40/2003 en su actual redacción, que determina en su artículo segundo el concepto de familia numerosa. 1. A los efectos de esta ley, se entiende por familia numerosa la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes. 2. Se equiparan a familia numerosa, a los efectos de esta ley, las familias constituidas por a) Uno o dos ascendientes con dos hijos, sean o no comunes, siempre que al menos uno de éstos sea discapacitado o esté incapacitado para trabajar b) Dos ascendientes, cuando ambos fueran discapacitados, o, al menos, uno de ellos tuviera un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, o estuvieran incapacitados para trabajar, con dos hijos, sean o no comunes. c) El padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares, siempre que se encuentren bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el domicilio conyugal. En este supuesto, el progenitor que opte por solicitar el reconocimiento de la condición de familia numerosa, proponiendo a estos efectos que se tengan en cuenta hijos que no convivan con él, deberá presentar la resolución judicial en la que se declare su obligación de prestarles alimentos. En el caso de que no hubiera acuerdo de los padres sobre los hijos que deban considerarse en la unidad familiar, operará el criterio de convivencia. d) Dos o más hermanos huérfanos de padre y madre sometidos a tutela, acogimiento o guarda que convivan con el tutor, acogedor o guardador, pero no se hallen a sus expensas. e) Tres o más hermanos huérfanos de padre y madre, mayores de 18 años, o dos, si uno de ellos es discapacitado, que convivan y tengan una dependencia económica entre ellos. El padre o la madre con dos hijos, cuando haya fallecido el otro progenitor. 3. A los efectos de esta ley, se consideran ascendientes al padre, a la madre o a ambos conjuntamente cuando exista vínculo conyugal y, en su caso, al cónyuge de uno de ellos. Se equipara a la condición de ascendiente la persona o personas que, a falta de los mencionados en el párrafo anterior, tuvieran a su cargo la tutela o acogimiento familiar permanente o preadoptivo de los hijos, siempre que éstos convivan con ella o ellas y a sus expensas. (...)

**TERCERO** .- Se postula una pretensión que articula en los fundamentos, fondo del asunto, que en síntesis son los siguientes: Se alega por la parte recurrente que procede aplicar la analogía para equiparar el tratamiento de la familia formada por madre soltera con dos hijos, con el de madre viuda con dos hijos, por entender que existe una laguna normativa al no contemplar el supuesto de madre soltera, apreciándose, a su entender, una

perfecta identidad con la madre viuda. Se alega en segundo lugar que la resolución resulta discriminatoria para la madre soltera y sus hijos, vulnerando el principio de igualdad ante la Ley y, por ende, debe reputarse inconstitucional y nula de pleno derecho, al no contemplarse el caso de madre soltera. Señala las pretensiones deducidas en la presente demanda, que son las siguientes: que se declare la disconformidad a derecho y se anule la resolución impugnada; que se declare el derecho a obtener el alta en el título de familia numerosa y asimismo dado que se ha denegado la medida cautelar solicitada por la recurrente, se pretende, que se le indemnice por los daños irrogados por la denegación de alta en el título desde la solicitud el 15/10/2015 hasta que recaiga sentencia, en la forma en que se indican en la demanda.

La Administración Demandada, solicita la desestimación del recurso en base a las consideraciones expuestas en su escrito de contestación a la Demanda que, en síntesis son las siguientes: que se hace valer la pretensión en la supuesta analogía entre la madre soltera con dos hijos y la del artículo 2.2 e) de la Ley 40/2003, en concreto el padre o la madre con dos hijos cuando haya fallecido el otro progenitor. Se refiere a continuación a la exposición de motivos de la antedicha Ley que viene a dar respuesta a la necesidad de la variación en modelos sociales de la familia numerosa, acogiendo las distintas categorías en que se clasifican y nuevas situaciones, supuestos de ruptura matrimonial, familias reconstituidas tras procesos de divorcio y se introduce una equiparación plena de las distintas formas de filiación y los supuestos de acogimiento o tutela. Añade a lo anterior que no se vulnera en este caso la Ley 40/2013, con cita de STS de Murcia de 6/6/2014, nº 484/2014, para caso similar. Se opone a la indemnización que se solicita por ser familiar numerosa, porque en su caso, iría ligado a la estimación de la primera pretensión. Solicita la desestimación de la demanda con expresa imposición de costas.

**CUARTO.-** Entrando a conocer de los motivos aducidos por la parte recurrente en la demanda rectora de autos, que se analizan.

En lo concerniente a la analogía que se aduce por la parte recurrente en primer lugar en la demanda rectora de autos, teniendo en cuenta el texto normativo que resulta de aplicación, ya transcrito y el vigente CC en su tenor literal artículo cuatro, no podemos compartirlo, por entender que no existe laguna normativa en la forma en que propugna en la demanda. Así tenemos que el tenor literal del artículo cuatro del vigente CC es el siguiente: procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

Sin embargo en el presente supuesto no existe laguna normativa alguna teniendo en cuenta que la recurrente es - ascendiente con dos hijos - y en el apartado primero del artículo segundo de la Ley aplicable, se determina que la familia numerosa está integrada por uno o dos ascendientes, con tres hijos o más, supuesto de perfecta aplicación al caso enjuiciado que no es otro que una familia monoparental con dos hijos, sin importar si se trata de madre soltera o se ha llegado a dicha situación monoparental como consecuencia de disolución del vínculo matrimonial en la forma y con los efectos que se indican en el antedicho texto de la Ley 40/2003 en su actual redacción.

El supuesto en el que pretende apoyarse la parte recurrente para aplicar la analogía, no resulta de aplicación en el caso que nos ocupa, ya que se configura como <<< **el padre o la madre con dos hijos cuando haya fallecido el otro progenitor** >>>. El legislador ha diferenciado aquellos casos de familias monoparentales en sus posibles formas y manifestaciones, de aquellos otros supuestos en que resulta ser una unidad familiar monoparental que trae causa del fallecimiento de uno de los progenitores, circunstancia ésta que el legislador ha considerado relevante y diferenciadora para poder obtener el título de familia numerosa. Distinto resulta ser el caso que nos ocupa en que la recurrente ha elegido la monoparentalidad desde un principio "ab initio", por lo que "prima facie" no se cumplen los requisitos necesarios para la aplicación del indicado precepto en el que resulta necesaria la existencia originaria de - dos progenitores - uno de ellos fallecido.

De lo anterior se infiere que en el caso que nos ocupa no concurren los requisitos exigidos para aplicar la analogía, al no existir laguna normativa, debiendo incardinarse el supuesto de hecho en el texto normativo que exige para poder otorgar el título de familia numerosa tres hijos o más, teniendo en cuenta las posibles configuraciones que se contemplan en el antedicho texto. Por tanto no queda acreditada la identidad a la que se alude con el padre o madre viudos.

Debe señalarse al respecto que la Administración, de conformidad con lo que dispone el artículo 103 de la CE de 1978, debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al derecho, sin que pueda reconocerse el título de familia numerosa en casos como el presente, en el que no concurren los requisitos exigidos "ope legis". En consecuencia el motivo no puede tener favorable acogida.

**QUINTO.-** Se alega en segundo lugar en la demanda rectora de autos que la resolución resulta discriminatoria para la madre soltera y sus hijos, vulnerando el principio de igualdad ante la Ley y, por ende, debe reputarse inconstitucional y nula de pleno derecho, al no contemplarse el caso de madre soltera.

Debe analizarse el motivo consistente en la quiebra del principio de igualdad y discriminación injustificada con cita del artículo 14 de la CE . Al respecto, debemos traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional en relación al artículo 14 de la CE , que viene modulando una doctrina de forma reiterada y pacífica, citándose por todas, la Sentencia de 14-9-92, en la que se expresa: **T.C. 2ª 114/92 de 14 de Septiembre**, en la que se expresa: *"El principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 14 CE consiste en que ante supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan deben ser asimismo iguales, y han de considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos, de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, se encuentre carente de fundamento racional, y sea, por tanto, arbitrario porque tal factor diferencial no resulte necesario para la protección de bienes y derechos buscada por el legislador."* En el mismo sentido, por todas STC de fecha 8/3/2004 , y la de **23/10/2006** , 307/2006, en la que se expresa con toda claridad, <<< (...) "que el juicio de igualdad ex artículo 14 exige identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas ( STC212/93 , 80/1994 ), por ello toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación de un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en "una situación jurídica concreta" ATC209/85 > >>

Por su parte el Tribunal Supremo, entre otras en Sentencia de fecha **29-3-93** , expresa: *"Para el éxito de una pretensión basada en el principio de igualdad ante la Ley, es de cuenta del recurrente la carga de aportar el término de comparación, la igualdad de los presupuestos de hecho y la inexistencia de justificación razonable para el tratamiento diferente o la desigualdad entre ambos supuestos."* Reitera doctrina en la Sentencia de fecha **25-3-1999** . *"Tampoco este motivo puede ser estimado. El principio de igualdad ante la Ley otorga a las personas un derecho subjetivo consistente en tener un trato igual al dado a otras ante supuestos de hecho idénticos o ante situaciones jurídicas sustancialmente iguales; y es que la Constitución prohíbe toda discriminación o desigualdad de trato que, desde la perspectiva de la norma aplicada, carezca de justificación objetiva y razonable. Pero para juzgar este punto es necesario un término de comparación válido, ofrecido por quien alega la diferencia de trato. Dicho término de comparación no ha sido aportado por el actor, aun cuando éste sostenga que propone como referencia supuestos idénticos."* En la Sentencia de fecha **22-3-99** expresa: *"Con carácter previo al examen de los términos comparativos que propone el recurrente para intentar justificar su pretensión, debemos recordar la doctrina, no por repetida menos aplicable en el caso presente, como ya indicó la precedente Sentencia de esta Sala de 24 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2498), al resolver un recurso similar, de que no toda desigualdad de trato normativo en la regulación de una materia entraña una vulneración del artículo 14 de la Constitución , sino únicamente aquéllas que introduzcan una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse sustancialmente iguales y que no se encuentren fundamentadas en una justificación objetiva y razonable. Lo que el precepto constitucional veda es la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios, carentes de la mencionada justificación objetiva y razonable."*

STC de fecha 8/3/2004 , y la de **23/10/2006** , 307/2006, en la que se expresa con toda claridad, <<< (...) "que el juicio de igualdad ex artículo 14 exige identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas ( STC212/93 , 80/1994 ), por ello toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación de un *"tertium comparationis"* frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en "una situación jurídica concreta" ATC209/85 >>>

La Sala no considera la existencia de discriminación en la actora ya que es perfectamente legítimo que el legislador haya optado por definir hipótesis que constituyan excepciones respecto de la definición básica de familia numerosa, no considerando discriminatorio que el legislador haya equiparado a familia numerosa los casos de unidades familiares con un solo progenitor y dos hijos a su cargo cuando , *la monoparentalidad sobrevenga por el fallecimiento de uno de ellos*, supuesto distinto al de la actora, que eligió la monoparentalidad desde un principio, por lo que no se cumple con uno de los presupuestos para la aplicación del precepto: la existencia originaria de dos progenitores, abstracción hecha de su estado civil, y el fallecimiento sobrevenido de uno de ellos.

Aplicando la doctrina expuesta al presente supuesto, debemos concluir con la desestimación del motivo, por no haberse acreditado el -término de comparación- (*tertium comparationis*), ya que las referencias de la Demanda, no acreditan la vulneración del aludido principio. En la forma en que se dijo, el legislador ha establecido normativamente una diferenciación causal en atención a las familias monoparentales y así se diferencia normativamente a los efectos que interesa, entre las monoparentales que han decidido voluntariamente constituirse como tales, como es el caso, de aquellos otros supuestos en que la monoparentalidad trae causa del fallecimiento sobrevenido de uno de los cónyuges. Entendemos que no se ha

aportado por la parte recurrente, el "término de comparación idóneo", en la forma y modo en que se configura por la doctrina jurisprudencial expuesta. Por todo ello debemos concluir con la desestimación del motivo.

**SEXTO** .- Al haberse desestimado los anteriores motivos, igual suerte adversa debe correr el tercero de los enunciados en la demanda rectora de autos, sin necesidad de realizar ulteriores razonamientos. Por todo ello el motivo y la pretensión no pueden tener favorable acogida.

**SEPTIMO** .- A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, procede la imposición de costas a la parte recurrente al haber sido desestimada la pretensión, en vigor la Ley 37/2011 en la fecha de formulación del recurso, fijándose moderadamente en 300 euros.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey, por la potestad que nos confiere la Constitución Española,

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente Recurso Contencioso Administrativo, **Procedimiento Ordinario número 87/2016** , interpuesto, por D<sup>a</sup> Marí Trini , representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Adela Cano Lantero, asistida de la Letrada D<sup>a</sup>. Efraína Fernández García, siendo parte demandada la Comunidad Autónoma de Madrid, representada y asistida por su Letrado contra la desestimación presunta del recurso formulado frente a la resolución de **22/10/2015** del Director General de la Familia y el Menor de la Consejería de Políticas Sociales y Familia, en el que se deniega el Alta en el Título de Familia Numerosa en base a lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 40/2003 . Declaramos la conformidad a derecho de la resolución recurrida con todas las consecuencias legales inherentes a dicho pronunciamiento, debiendo estar y pasar por la presente resolución. Procede la imposición de costas a la parte recurrente, al haberse desestimado la pretensión, en vigor la Ley 37/2011, fijándose moderadamente en 300 euros.

Frente a esta Sentencia podrá formularse recurso Casación en tiempo y forma en vigor la LO 7/2015, conforme establece el artículo 86 y siguientes de la misma. Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose en audiencia pública, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.