
No puedo subir a mi casa. Instrumentos jurídicos para la accesibilidad de las personas mayores a su vivienda*

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO
*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid*

RESUMEN

El Estado ha adoptado ya la decisión de que todos los inmuebles sean universalmente accesibles; y ha distribuido entre todos (los propietarios y la Administración, como titular de inmuebles e infraestructuras y como otorgadora de ayudas) el coste de los gastos necesarios para alcanzar esa situación, que ha de darse efectivamente en diciembre de 2017. No se trata tanto de proteger especialmente a quienes en un momento dado tienen dificultades de movilidad, como de configurar la realidad edificatoria conforme a un estándar objetivo que será necesario para todos antes o después. En primer lugar (abajo, II), se expondrán las líneas generales del modelo de protección de las personas con discapacidad que ha estado detrás del fuerte impulso experimentado por la política de la accesibilidad universal. Después (abajo, III), se examinarán los diversos instrumentos jurídicos que constituyen, en realidad, vías procedimentales diversas (actuaciones sobre el medio urbano, órdenes de ejecución, acción de la Ley de Propiedad Horizontal, informe de evaluación de los edificios, otorgamiento de una concesión de dominio público o tramitación de una expropiación para poder instalar un ascensor, etc.) para la consecución de ese objetivo de la accesibilidad universal a la vivienda.

Palabras clave: accesibilidad universal a la vivienda; personas con discapacidad; personas mayores.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Aging Cities» (Ciudades envejecidas), Referencia: DER2016-75987-R, 2017-2019, IIPP: Silvia Díez Sastre y José María Rodríguez de Santiago. Abreviaturas utilizadas en el trabajo: ADA: *Americans with Disabilities Act*; CDFUE: Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea; CDPD: Convención sobre derechos de las personas con discapacidad; LPH: Ley de Propiedad Horizontal; LSRU: Texto Refundido de la ley del suelo y rehabilitación urbana; TRL-DPD: Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

ABSTRACT

The Government has already decided that all real estate must be universally accessible. It has allocated amongst everyone involved, including owners and public authorities (provided that the latter own real estate and infrastructure and grant aid) the cost of any expenses that may be necessary to attain such universal accessibility, which in any event must be actually implemented by December 2017. The main point is not only to reinforce the protection granted to persons with mobility impairments, but rather to shape the building scenario in accordance with an objective standard that will eventually be required for everyone. First (see Section II below), there is an overview of the model of protection for persons with disabilities underlying the strong momentum of universal accessibility policies. Second (see Section III below), the various legal instruments—which are actually diverse procedures—aimed at accomplishing universal access to housing are examined herein, among others: actions affecting the urban environment, enforcement orders, action of the Common hold Property Act (Ley de Propiedad Horizontal), building inspection reports, the granting of a public domain concession, or expropriation proceedings in order to install an elevator, etcétera.

Keywords: universal access to housing; persons with disabilities; elderly.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. A REBUFO DEL MODELO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: 1. Las líneas generales del modelo de protección. La *Americans with Disabilities Act* (1990), la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) y la Ley española de derechos de las personas con discapacidad (TR 2013). 2. Incidencia del modelo de protección sobre los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. 3. Derecho de organización y procedimiento. 4. Accesibilidad universal, diseño para todos y ajustes razonables.—III. CONCRETOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA GARANTIZAR LA ACCESIBILIDAD DE LAS PERSONAS MAYORES A SU VIVIENDA: 1. Introducción. 2. Las obras previstas en la legislación civil, en especial, las obligatorias del art. 10 de la Ley de Propiedad Horizontal. 3. El informe de evaluación de los edificios. 4. Órdenes de ejecución. 5. Actuaciones sobre el medio urbano. 6. Ayudas públicas para la instalación de ascensores. 7. Medidas excepcionales para la superación de dificultades técnicas, en especial, la cesión del uso del dominio público para la instalación de ascensores.—IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

La garantía de la accesibilidad universal a la vivienda para las personas mayores de setenta años es, seguramente, una de las cuestiones más relevantes que al Derecho le plantea la realidad de unas ciudades cuya población envejece. A la persona mayor que sube y baja escaleras con dificultad o, incluso, necesita una silla de ruedas, la falta de instalaciones que garanticen la accesibilidad universal (rampas, ascensor u otros mecanismos elevadores) le puede poner en la tesitura de tener que optar entre vivir en su casa en una situación (más o menos acentuada) de enclaustramiento o irse a una residencia para mayores. Recientemente (2016) se ha calculado, por ejemplo, que en San Sebastián (capital de provincia que podría arrojar datos sustancialmente mejores que la media de

los municipios españoles) existen 14.634 viviendas (en edificios de más de dos plantas), en 1.642 portales, que carecen de ascensor, lo que afectaría a 2.883 personas mayores de setenta años¹. Debe tenerse en cuenta, además, que no es infrecuente que las personas mayores vivan precisamente en las edificaciones más antiguas y, por tanto, peor dotadas desde la perspectiva que ahora nos interesa.

Puede pensarse que muchas personas mayores se enfrentan a esa opción forzosa entre la residencia o el encierro en una vivienda propia difícilmente accesible. Y es una constatación fáctica de la experiencia cotidiana que la mayoría de esas personas, si en su mano estuviera una verdadera posibilidad de elegir, preferirían vivir en su casa².

El hecho es que las dificultades de movilidad de las personas mayores están siendo atendidas a rebufo de la protección de las personas con discapacidad. La accesibilidad universal se ha convertido en un objetivo prioritario de la política social española durante los últimos años, en muy buena medida, como consecuencia de la vinculación de esa política con respecto a las obligaciones internacionales contraídas por España en relación con la protección de las personas con discapacidad; y se ha desarrollado a través de los eficaces medios de realización diseñados en el modelo de implantación de los derechos de esas personas. En ocasiones, la legislación española expresamente extiende los derechos de las personas con discapacidad a las personas mayores³. Pero no siempre es así, a pesar de lo cual la protección de las primeras ha beneficiado directamente a las segundas.

El Estado ha adoptado ya la decisión de que todos los inmuebles sean universalmente accesibles; y ha distribuido entre todos (los propietarios y la Administración, como titular de inmuebles e infraestructuras y como otorgadora de ayudas) el coste de los gastos necesarios para alcanzar esa situación, que ha de darse efectivamente en diciembre de 2017⁴. No se trata tanto de proteger especialmente a quienes en un momento dado tienen dificultades de movilidad, como de configurar la realidad edificatoria conforme a un estándar objetivo que será necesario para todos antes o después. Desde la perspectiva que ahora interesa, los diversos instrumentos jurídicos de los que aquí va a hablarse cons-

¹ <https://www.donostia.es/home.nsf/0/19A5870BA77B395CC1257FC000395396?OpenDocument&idio ma=cas> (última visita 13 de abril 2017).

² Sobre la opinión de las personas mayores de Madrid puede consultarse el informe «Madrid, ciudad amigable con las personas mayores», pp. 43-46 y 83-84: <http://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/Mayores/Publicaciones/Ficheros/Libro%20Jornadas%202015/Madrid,%20ciudad%20amigable%20con%20los%20 mayores.pdf> (última visita 13 de abril de 2017).

Sobre la situación en los Estados Unidos, con muchos ejemplos, A. GAWANDE, *Being Mortal. Medicine and What Matters in the End*, Nueva York, 2014.

³ Así, por ejemplo, art. 10.1.b) de la Ley de Propiedad Horizontal; art. 24.1 de la Ley de Arrendamientos urbanos; y art. 1.3 de la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad.

⁴ En puridad, quedan excepcionados de la obligación de cumplir con esa fecha establecida en la DA 3.ª1.b) TRLDPD los espacios y edificaciones existentes el 4 de diciembre de 2010 que *no sean susceptibles de ajustes razonables*. No obstante, la existencia de ayudas públicas y de medidas específicas para superar dificultades técnicas (como la posibilidad de instalar el ascensor, incluso, ocupando el domo público) pueden reducir esas excepciones al mínimo.

tituyen vías procedimentales diversas (actuaciones sobre el medio urbano, órdenes de ejecución, acción de la Ley de Propiedad Horizontal, informe de evaluación de los edificios, otorgamiento de una concesión de dominio público o tramitación de una expropiación para poder instalar un ascensor, etc.) para la consecución de ese objetivo. A ellas se prestará atención después de exponer las líneas generales del modelo de protección de las personas con discapacidad que ha estado detrás del fuerte impulso experimentado por la política de la accesibilidad universal.

II. A REBUFO DEL MODELO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Las líneas generales del modelo de protección. La *Americans with Disabilities Act* (1990), la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) y la Ley española de derechos de las personas con discapacidad (TR 2013)

La Convención sobre derechos de las personas con discapacidad (hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008; en adelante, CDPD) tiene su precedente y modelo inmediato en la *Americans with Disabilities Act* de 1990 (en adelante, ADA)⁵, la primera legislación del mundo en regular sistemáticamente y a nivel nacional la protección de las personas con discapacidad. El modelo regulativo de la CDPD sigue las técnicas normativas de la ADA⁶.

La ADA supuso el cambio del *modelo médico o asistencial* (que se dirige a las personas con discapacidad con prestaciones a cargo del Estado) al nuevo *modelo de los derechos civiles*⁷ ejercitables por las personas con discapacidad frente a todos⁸. Se abandona la idea de que el Estado asista, por ejemplo, a una persona mayor con discapacidad en una residencia, o a un niño con discapacidad en un centro de educación especial (contextos de vida separados de la sociedad «normal»), y se obliga a hacer el esfuerzo entre todos (sujetos públicos y privados) de crear una sociedad (en sentido amplio, pero con

⁵ 42 U.S.C. sec. 12101 y ss. El texto de la ADA y la normativa de desarrollo están disponibles en www.ada.gov.

⁶ Vid. sobre esto I. BOWEN, «The American Experience: What Makes the ADA Works, and What Are the Implications for Implementation of Germany's Accessibility Laws?», en F. WELTI (ed.), *Rechtliche Instrumente zur Durchsetzung von Barrierefreiheit*, Kassel, 2013, pp. 80-81. Destacan también la conexión entre la ADA y la CDPD R. DE ASÍS, A. L. AIELLO, F. BARIFFI, I. CAMPOY y A. PALACIOS, *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Madrid, 2007, p. 73.

⁷ Se reiteraba la utilización de un modelo de protección de otros grupos anteriormente percibidos como minorías a las que se había negado la igualdad de oportunidades en el acceso a los beneficios del *American way of life*. La protección se diseñó «conforme a leyes anteriores que prohibían la discriminación basada en la raza, en el origen étnico y en el sexo»; así, BOWEN, «The American...», *op. cit.*, p. 81.

⁸ Sobre los dos modelos, BOWEN, «The American...», *op. cit.*, p. 81; F. WELTI, «Barrierefreiheit als Rechtsbegriff», en F. WELTI (ed.), *Rechtliche Instrumente zur Durchsetzung von Barrierefreiheit*, Kassel, 2013, p. 33; R. DE ASÍS y otros, *Sobre la accesibilidad...*, *op. cit.*, p. 23.

específicos ámbitos de concreta aplicación: la urbanización, la escuela, el transporte, etc.) inclusiva que elimine las barreras que impiden que esa persona mayor o ese niño participen de la vida en común. Se adopta la decisión de *internalizar* el problema social allí donde surge (el edificio donde vive la persona con discapacidad, su puesto de trabajo, etc.) con la colaboración y el soporte económico de todos (el propietario, el empresario, la Administración urbanizadora, etc.), en lugar de externalizarlo a través de prestaciones especiales para las personas con discapacidad que, muchas veces, tienen como consecuencia la exclusión, en lugar de la integración⁹ (y que también son, seguramente, más gravosas para los recursos públicos).

Se han destacado como claves del éxito de la ADA, por una parte, su carácter omni-comprendido enderezado a crear contextos de accesibilidad universal en una larga serie de ámbitos sociales: infraestructuras y edificación, transportes, telecomunicaciones y sociedad de la información, empleo, etc.¹⁰; y a través de preceptos claros (en el resultado que se pretende), pero, al mismo tiempo, flexibles: como es el que regula el concepto de «ajuste razonable» (la medida no desproporcionada que, por ejemplo, debe adoptar el empresario a su costa para que una persona con discapacidad pueda acceder a su puesto de trabajo), la previsión de plazos de adaptación que distinguen entre lo existente y lo futuro, o entre los sujetos públicos o privados titulares de las instalaciones¹¹, etc. El resto de las claves del éxito hay que encontrarlas en la intensa participación de los grupos afectados en la elaboración de las normas que daban forma a esos derechos, y en los notables resultados de la litigación (o del previo sometimiento a mediación o arbitraje) de particulares, asociaciones y órganos administrativos para resolver conflictos que, en su caso, terminaban con condenas a hacer, al pago de daños compensatorios, *punitive damages*, etc., que se convertían en eficaces instrumentos disuasorios del incumplimiento de los estándares legales¹².

Ese es el modelo que pasó a la CDPD y que hoy se encuentra también en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLDPD), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. En definitiva, en el nuevo sistema de protección integral de las personas con discapacidad, la idea regulativa es que todos (sujetos públicos y privados: Administración, empresarios, propietarios...) quedan obligados a poner de su parte para configurar en la realidad una sociedad (en sentido amplio: la ciudad, la vivienda, el puesto de trabajo, el colegio electoral, la escuela o el hospital) sin barreras. La inexistencia de barreras para favorecer la integración de las personas se convierte en un fin del Estado social, sin duda, con eficacia redistributiva, en cuanto que, a corto plazo, puede perjudicar a unos,

⁹ Así, WELTI, «Barrierefreiheit...», *op. cit.*, p. 25.

¹⁰ Estos son los llamados «ámbitos de accesibilidad»; *vid.* R. DE ASÍS *et al.*, *Sobre la accesibilidad...*, *op. cit.*, p. 9. Están enumerados en el art. 5 TRLDPD.

¹¹ Así, por ejemplo, la DA 3.^a TRLPD sobre los plazos de exigibilidad de las condiciones básicas de accesibilidad.

¹² Sobre esto, *vid.* BOWEN, «The American...», *op. cit.*, pp. 88-93.

pero, a largo, beneficiará a todos, aunque solo sea porque todos nos hacemos mayores y necesitados de entornos más fácilmente accesibles.

En la estrategia que se realiza a través (como se dirá inmediatamente) de las técnicas del «diseño para todos» y de los «ajustes razonables» se elimina la posibilidad de éxito de las actitudes maximalistas que, a veces, conducen al fracaso de las políticas sociales: ni la persona con discapacidad puede exigir que todo se realice «cueste lo que cueste» (lo irrazonable o desproporcionado no es obligatorio hacerlo), ni el empresario, el propietario o la Administración pueden rechazar una solicitud alegando que «esto no está expresamente previsto» (porque, aunque no lo esté, será obligatorio hacerlo, si es una solución a un problema de una persona con discapacidad y no es desproporcionado).

2. Incidencia del modelo de protección sobre los derechos fundamentales de las personas con discapacidad

La imperativa utilización de la CDPD como norma de referencia para la interpretación del sentido y alcance de los derechos fundamentales nacionales (art. 10.2 CE) tiene relevantes efectos jurídicos, por una parte, desde la perspectiva del *derecho a la igualdad* (art. 14 CE); y, por otra, en lo que se refiere a la determinación del contenido de otros derechos fundamentales a los que —por oposición aquí al mencionado derecho del art. 14 CE y conforme a una expresión convencionalmente consolidada— denominaremos *sustantivos* [libertad de expresión y derecho a recibir información (art. 20.1 CE), derecho al voto y a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), derecho a la educación (art. 27.1 CE), etc.]. La CDPD identifica un grupo de personas al que se presta una protección especial: las que tienen una discapacidad (art. 1 CDPD). Lo mismo había hecho ya, valiéndose de la terminología del momento, el art. 49 CE con respecto a los «disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos» cuya protección se convertía en un fin o interés seleccionado ya por la Constitución social, aunque ello implicara privilegiar a unos individuos en detrimento de otros¹³.

Sin embargo, qué precisos efectos sobre las exigencias del derecho a la igualdad (art. 14 CE) o sobre el contenido de otros derechos fundamentales tenía esa identificación de un grupo social especialmente protegido en el art. 49 CE era una cuestión que no se podía responder con facilidad acudiendo solo a los instrumentos de la interpretación constitucional¹⁴. El Tribunal Constitucional había declarado, por ejemplo,

¹³ En la existencia de un Estado que se justifica no solo por la finalidad de armonizar la libertad de uno con la de otro, sino que también pretende incrementar el bienestar social conforme a fines o intereses políticamente seleccionados, «aunque ello implique privilegiar a un individuo en detrimento de otro», identifica L. MEDINA, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Madrid, 2016, p. 230, *passim*, la clave que define el Estado social frente al Estado de Derecho liberal.

¹⁴ La interpretación conjunta de los arts. 23.1 CE y 49 CE lleva, por ejemplo, a R. DE ASÍS *et al.*, *Sobre la accesibilidad...*, *op. cit.*, p. 29, a considerar que la imposibilidad de acceso al colegio electoral como consecuencia de una barrera arquitectónica vulnera el derecho al voto de la persona con discapacidad.

que «varios de los preceptos del capítulo tercero del título primero de la Constitución —«principios rectores de la política social y económica»— tienen como función precisamente la de identificar grupos de personas necesitados de especial protección [menores y madres (art. 39 CE), minusválidos (art. 49 CE), ancianos (art. 50), etc.]. Desde la perspectiva del principio de igualdad (tanto en su vertiente de igualdad en la ley, como en la de igualdad en la aplicación de la ley del art. 14 CE), esas referencias constitucionales específicas a colectivos personales permiten (y, a veces, imponen) el establecimiento de tratos diferenciadores positivos o favorables que, aunque impliquen una desigualdad, no pueden considerarse contrarios al mencionado art. 14 CE. Este Tribunal ha hecho uso de los mencionados principios rectores que identifican grupos personales merecedores de especial protección en el sentido expuesto: «la maternidad y, por tanto, el embarazo y el parto son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 CE y, por tanto, las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre» (STC 109/1993, de 25 de marzo —sobre la licencia para lactancia en el trabajo—, FJ 4.º); no es contrario al art. 14 CE (principio de igualdad) ni al art. 23.2 CE (derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos) una reserva porcentual de plazas para minusválidos en una oferta de empleo público en atención al mandato de protección de los discapacitados que se contiene en el art. 49 CE (STC 269/1994, de 3 de octubre, FJ 4.º); etc.» (STC 190/2005, de 7 de julio, FJ 4.º). Aún con declaraciones como esta, la cuestión quedaba claramente abierta. Y, por otra parte, es obvio que considerar, por ejemplo, que una reserva porcentual de plazas para personas con discapacidad en una oferta de empleo público no es contraria al derecho a la igualdad no implica aceptar (como ahora parece el caso) que la omisión de esa reserva vulnerara el art. 14 CE.

La CDPD dota de perfiles bastante claros (yo creo que mucho más claros que los que se derivan del art. 49 CE) a los efectos que su protección va a desplegar a través del derecho a la igualdad garantizado en el art. 14 CE. En una escala que va de menor a mayor contenido añadido por la CDPD a las exigencias de ese precepto constitucional podría hacerse mención a los siguientes planos:

(i) En primer término, se prohíbe, por descontado, la acción discriminatoria (art. 5.1 CDPD). Los Estados partes se comprometen también a eliminar las «costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad» [art. 1.b) CDPD]. Una prohibición expresa de la discriminación por razón de la discapacidad se encuentra también (desde 1994)¹⁵ en el art. 3.3 (*in fine*) de la *Grundgesetz* alemana, y en el art. 21.1 CDFUE¹⁶.

(ii) En un paso más allá, se dispone que las medidas de acción positiva no se considerarán discriminatorias (art. 5.4 CDPD): por ejemplo, cuotas de reserva de puestos de

¹⁵ Ley de reforma constitucional de 27 de octubre de 1994.

¹⁶ Distinto del mandato positivo de integración de las personas discapacitadas contenido en el art. 26 CDFUE.

trabajo para personas con discapacidad en empresas públicas y privadas, y en las ofertas de empleo público (art. 42 TRLDPD).

(iii) Y, en un tenso esfuerzo de reforzar la protección de este colectivo de personas, se considera, en fin, que la omisión de la acción positiva singularmente favorable (y no desproporcionada) tiene carácter discriminatorio y es, por tanto, en concreto, contraria al art. 14 CE. El incumplimiento por el empleador público o privado del deber de realizar obras para permitir el acceso al trabajo a quien va en silla de ruedas, o de modular un horario de trabajo para atender a las exigencias de una discapacidad, o de proporcionar un equipo informático adecuado a las necesidades de quien ve muy mal; o la falta de realización por parte de una comunidad de propietarios de las obras necesarias para instalar el ascensor que necesite una persona con movilidad reducida para subir a su casa en ese edificio, todos estos incumplimientos se tienen por positivamente discriminatorios cuando las medidas mencionadas deban tenerse por ajustes razonables (no desproporcionados o indebidos) (así, de forma expresa, art. 63 TRLDPD).

Si se consideran las cosas con la suficiente reflexión, parece que hay en este punto una corrección a una doctrina constitucional bastante consolidada. Según la jurisprudencia constitucional, el derecho a la igualdad (art. 14 CE) no contiene como derecho fundamental «un derecho a la desigualdad de trato» de los desiguales (por ejemplo, SSTC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 13; 38/2014, de 11 de marzo, FJ 6.º; 183/2014, de 6 de noviembre de 2014, FJ 3.º; y 56/2016, de 17 de marzo, FJ 5.º). Para casos como los que ahora analizamos lo contrario es lo correcto: no tratar de forma diferente a una persona con discapacidad es discriminación¹⁷.

(iv) Los ejemplos que ya se han aportado y otros [prohibición de discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida, art. 25.e) CDPD], por lo demás, ponen de manifiesto que al otro lado de la relación jurídica de la persona con discapacidad con su pretensión *iusfundamental* de igualdad se encuentran en términos parecidos los sujetos públicos y los privados, aunque parece lógico que los primeros asuman más parte del peso que los segundos (por ejemplo, son más largos los plazos de adaptación a las reglas sobre accesibilidad para los bienes y servicios de titularidad privada que para los bienes y servicios de titularidad pública; DA 3.ª2 TRLDPD). Pocas dudas caben, en términos generales, pues, sobre la *Dritt-wirkung* (por utilizar la conocida expresión alemana) de las exigencias derivadas del derecho a la igualdad en este ámbito.

Hasta aquí el derecho a la igualdad. Pero con él no se agota la incidencia del modelo de protección sobre los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Dicho modelo, también a través del mandato relativo a la interpretación de la Constitución establecido en el art. 10.2 CE, despliega sus efectos sobre la interpretación del contenido de otros derechos fundamentales sustantivos. Por un lado, *la CDPD convierte*

¹⁷ Así, también, WELTI, «Barrierefreiheit...», *op. cit.*, p. 27: «el tratamiento igualitario significa aquí considerar la desigualdad adecuadamente».

una parte de los derechos clásicamente calificados como derechos de libertad en derechos con una clara vertiente de prestación. Parece indudable que, el juego conjunto del art. 23.1 CE y el art. 29.i) CDPD obliga a considerar que se vulnera el derecho al voto de la persona con discapacidad, si los procedimientos, instalaciones y materiales electorales no son adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar. Y la interpretación conjunta de los diversos apartados del art. 20.1 CE y el art. 21 CDPD también obliga a entender que existe violación de la libertad de expresión y de opinión (paradigma tradicional de derechos de libertad) y de acceso a la información, si no se adoptan medidas organizativas que garanticen prestaciones a través de lengua de señas, Braille y otros formatos accesibles.

Por otra parte, *derechos fundamentales de carácter prestacional*, como el derecho a la educación (art. 27.1 CE) o a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), *incorporan nuevos contenidos* específicamente referidos a las personas con discapacidad. La escolarización de un niño con discapacidad de tipo autista no exige solo que la Administración le conceda una plaza en un centro de educación especial, sino que la Administración agote todas las posibilidades de llevar a cabo los ajustes razonables en los centros ordinarios de forma que quede garantizada una educación inclusiva (art. 18 TRLDPD). La tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de las personas con discapacidad incluye una protección resarcitoria (tutela secundaria)¹⁸ que indemniza por daño moral, aun cuando no existan perjuicios de carácter económico (art. 75.2 TRLDPD).

Es fácil caer en la cuenta de que, en el ámbito de estos derechos fundamentales sustantivos, la omisión de un ajuste razonable que afectara a su ejercicio (un colegio electoral con una barrera arquitectónica, la escolarización no motivada en un centro de educación especial¹⁹, etc.), por una parte, vulneraría —conforme a lo que se ha expuesto arriba— el derecho a la igualdad (art. 14 CE) y, por otra, el derecho fundamental sustantivo que esté en juego.

3. Derecho de organización y procedimiento

Como ya se ha expuesto, el éxito del modelo de protección de las personas con discapacidad inaugurado por la *Americans with Disabilities Act* de 1990 se ha debido no solo a la regulación del contenido material de los derechos de estas personas a través de

¹⁸ Sobre estos conceptos, junto con los paralelos «tutela restitutoria o primaria», por ejemplo, S. DÍEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, 2012, pp. 69 y ss.

¹⁹ En este punto estoy de acuerdo con el voto particular formulado por el magistrado Luis Ignacio Ortega Álvarez (al que se adhiere el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos) a la STC 10/2014, de 27 de enero: el CDPD impone a la Administración una perspectiva específica de motivación. Lo que hay que motivar no es el grado de discapacidad del menor, ni siquiera si es mejor o peor escolarizarlo en un centro de educación especial, sino, precisamente, por qué son desproporcionados los ajustes razonables necesarios en el centro educativo ordinario para poder escolarizarlo allí. Esto no lo había hecho la Administración en el caso sobre el que se pronuncia la sentencia.

preceptos omnicomprensivos (en cuanto a los ámbitos de accesibilidad a los que se refiere: vivienda, educación, sanidad, empleo, transporte, etc.), claros y, al mismo tiempo, flexibles, sino a la participación de los grupos afectados en la elaboración de las normas que daban forma a esos derechos, y a los notables resultados de la litigación (o del previo sometimiento a arbitraje o mediación) de particulares, asociaciones y órganos administrativos para resolver conflictos que, en su caso, terminaban con condenas a hacer, al pago de daños compensatorios, *punitive damages*, etcétera²⁰.

La doble estrategia, que se ha manifestado tan exitosa, de regulación material de los derechos (fundamentales o no) de las personas con discapacidad y del diseño de organizaciones, procedimientos y procesos ha pasado al contenido de la CDPD y a las leyes españolas dictadas para la adaptación normativa a aquella. A esta cuestión (la regulación española de la organización y el procedimiento al servicio de la protección de las personas con discapacidad) quiere prestarse atención ahora.

Se integran en la Administración General del Estado el Consejo Nacional de la Discapacidad (con funciones consultivas; art. 55 TRLDPD), la Oficina de Atención a la Discapacidad (OASIS) (que, entre otras funciones, recibe quejas y denuncias; art. 56 TRLDPD) y el Observatorio Estatal de la Discapacidad (que recopila, elabora y suministra información; art. 73 TRLDPD).

Un papel determinante en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales relativas a las personas con discapacidad corresponde a las organizaciones representativas de estas personas y sus familias, por la función articuladora del «diálogo civil» [definido en el art. 2.n) TRLDPD] que le atribuye la legislación en la materia. Conforme a ese principio procedimental del «diálogo civil», en general, nada relativo a las personas con discapacidad se decide sin que, de una u otra forma, esas organizaciones hayan participado de forma relevante en el procedimiento de elaboración de la decisión²¹ de que se trate: desde los proyectos de normas legales o reglamentarias (art. 54.2 TRLDPD) hasta la emisión del informe de evaluación de los edificios en lo que se refiere a los aspectos relativos a la accesibilidad universal (art. 30.1 LSRU). Esta técnica de participación ya es muy conocida como medio para captar la aceptación de las decisiones públicas por parte de sus principales destinatarios²². Puede seguirse en internet, por ejemplo, la intensa actividad del CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad). Muchos cambios prácticos de los que afectan a personas con discapacidad proceden de su vigilante y tenaz actitud de observación y denuncia sobre incumplimientos legales de las obligaciones de accesibilidad universal en edificios o servicios públicos o privados.

²⁰ Sobre esto ya se ha citado a BOWEN, «The American...», *op. cit.*, pp. 88-93.

²¹ El concepto de «diálogo civil» es la plasmación normativa del lema del Movimiento de Vida Independiente americano: *nothing about us without us*. Sobre esto, R. DE ASÍS *et al.*, *Sobre la accesibilidad...*, *op. cit.*, p. 72.

²² Así, M. REBSTOCK, «Barrierefreiheit in der Planungspraxis», en F. WELTI (ed.), *Rechtliche Instrumente zur Durchsetzung von Barrierefreiheit*, Kassel, 2013, p. 69.

Desde la perspectiva procedimental o procesal, el modelo de protección utiliza técnicas que, en general, están dirigidas a facilitar el éxito de la litigación promovida por las personas con discapacidad, con el efecto, obviamente derivado para la parte contraria, de disuadir del incumplimiento de las obligaciones de accesibilidad. Por lo pronto, existe un sistema arbitral, al que las partes se pueden someter voluntariamente, pero vinculante y ejecutivo en su resolución de quejas y reclamaciones formuladas en esta materia (art. 74 TRLDPD), y que se tramita «sin formalidades especiales»²³.

La garantía de la plena tutela judicial primaria o restitutoria va acompañada —como ya se ha expuesto— de una generosa regulación de la tutela secundaria o resarcitoria: la indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado *a priori*; y la indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión (art. 75 TRLDPD).

En materia de prueba de los hechos, el TRLDPD utiliza la técnica —ya muy conocida en otros ámbitos de sobreprotección por el Estado social de fines o intereses seleccionados— de alterar el estándar general de la *probabilidad prevalente o preponderante*²⁴, para exigir del demandado soportar la carga de un *estándar de probabilidad exigente*²⁵ (que solo se entiende alcanzado cuando se llega a un alto grado de certeza) para acreditar la falta de discriminación, cuando la parte actora aporte indicios que abran «razonablemente la hipótesis» (SSTC 144/2006, de 8 de mayo, FJ 4.º; y 31/2014, de 24 de febrero, FJ 3.º) de la discriminación (art. 77 TRLDPD).

Y, por lo que se refiere a las reglas sobre legitimación, por una parte, se establece que las personas con discapacidad, sus familias y las organizaciones representativas y asociaciones en las que se integran tendrán la consideración de interesados en los procedimientos administrativos sancionadores²⁶, de forma que pueden interponer recurso frente al archivo de las denuncias (art. 89 TRLDPD). Y, por otro lado, se reconoce la legitimación de las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de derechos e intereses legítimos colectivos para actuar en el proceso «en nombre e interés de las per-

²³ Art. 1.2 del Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.

²⁴ Por todos, M. TARUFFO, *La prueba de los hechos* (trad. esp. de la edición italiana de 1992), Madrid, 2002, pp. 289-303.

²⁵ Sobre esto *vid.* L. MEDINA, «Los hechos en el Derecho administrativo. Una aproximación», *Revista de Administración Pública*, núm. 177 (2016), pp. 115-116; y J. M.ª RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid, 2016, pp. 38 y ss.

²⁶ La regla rompe, como se sabe, una jurisprudencia tradicional muy restrictiva sobre la posición procedimental y procesal del denunciante. Puede verse, sintéticamente, A. NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 4.ª ed., Madrid, 2005, p. 141; y T. CANO CAMPOS, *Las sanciones de tráfico*, Cizur Menor, 2011, pp. 448-449.

sonas que así lo autoricen» de forma que recaigan sobre dichas personas los efectos de la decisión judicial (art. 76)²⁷.

4. Accesibilidad universal, diseño para todos y ajustes razonables

Conviene ahora precisar algunos de los conceptos centrales del discurso que se está haciendo: los de accesibilidad universal, diseño para todos y ajustes razonables. La *accesibilidad universal* puede definirse como la *situación final pretendida* para el amplio repertorio de ámbitos reales en los que rige el modelo de protección (vivienda, ciudad, transportes, educación, etc.) caracterizada por la inexistencia de barreras en la mayor medida posible.

En una relación de medio a fin con respecto a ese mandato de optimización que constituye la accesibilidad universal se encuentran las dos técnicas al servicio de su consecución: el diseño universal o para todos y los ajustes razonables²⁸. El *diseño universal* se aplica en la primera conformación del ámbito real de que se trate (la urbanización, la construcción del edificio de viviendas o de la línea de transporte, el lanzamiento al mercado de un programa de ordenador, etc.), naturalmente, a partir de la vigencia de la obligación de respetar este estándar. El diseño universal no está estrictamente dirigido, sin embargo, a poner remedio desde el origen a «todos los problemas de accesibilidad imaginables», sino los que se sitúan en un nivel de abstracción general («todas las personas, en la mayor medida posible») y medio («grupos particulares» de personas con discapacidad), sin necesidad de llegar al caso particular (que es el que activa los ajustes razonables) [arts. 2 CDPD y 2.1) TRLDPD].

El *ajuste razonable* (*reasonable accommodation*, en inglés; *angemessene Vorkehrung*, en alemán) se concibe, entonces, como una medida subsidiaria, para cuando no se utilizó el diseño universal o este ha fracasado en su eficacia eliminadora de barreras a consecuencia de la singularidad de la discapacidad de la concreta persona de que se trata²⁹. El ajuste razonable obliga a realizar las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas (la instalación de un ascensor en el edificio de viviendas, la flexibilización del horario en el trabajo, la ampliación del tiempo de un examen para un estudiante universitario que no

²⁷ A diferencia de lo que sucede en el Derecho español y estadounidense (conforme a lo que se ha expuesto), en general, en el Derecho alemán la acción de las organizaciones reconocidas oficialmente solo sirve para exigir el cumplimiento de unas obligaciones que se entienden como Derecho objetivo y que no pueden dar lugar a condenas de hacer, sino solo a sentencias declaratorias. *Vid.* sobre esto S. SCHLAKE, «Verbandsklagen im Umwelt- und Verwaltungsrecht», en F. WELTI (ed.), *Rechtliche Instrumente zur Durchsetzung von Barrierefreiheit*, Kassel, 2013, pp. 99 y ss.

²⁸ La mencionada relación de medio a fin se expresa correctamente en el art. 2.k) TRLDPD: la accesibilidad universal (condición final que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios...) «presupone la estrategia de diseño universal o diseño para todas las personas, y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse».

²⁹ De forma parecida, R. DE ASÍS, «El eje de la accesibilidad y sus límites», *Anales de Derecho y discapacidad*, núm. 1, 2016, p. 54.

pueda escribir al ritmo de la mayoría, etc.) que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular para garantizar la accesibilidad de esa persona a algunos de los ámbitos cubiertos por el modelo de protección [arts. 2 CDPD y 2.m) TRLDPD].

Es obvio que cuanto menos eficaz sea el diseño para todos, más habrá que recurrir al ajuste razonable. En los primeros momentos de la entrada en vigor de la obligación de aplicar el diseño universal el resultado de la accesibilidad quedará entregado casi por completo al ajuste razonable. Esto es lo que todavía está pasando con respecto a los ascensores en viviendas construidas en momentos en que no se diseñaba para todos.

Si se piensan las cosas con reflexión es fácil caer en la cuenta de la potencialidad casi subversiva de la realidad jurídica y fáctica de una institución como el ajuste razonable, que constituye una medida de protección contramayoritaria del individuo en algún punto análoga, por ejemplo, a la objeción de conciencia. Cualquier precisa regulación de una relación jurídica (en los ámbitos cubiertos por el modelo) queda relativizada por la obligación de permitir la accesibilidad de una persona con discapacidad realizando «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida». Esto se parece mucho al «riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos» que el Tribunal Constitucional tuvo en cuenta para negar que la libertad ideológica o de conciencia (art. 16 CE) fuera suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o «subconstitucionales» (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 3.º)³⁰. Hay algo semejante en dirigir al Estado la pretensión: «si me dejas llevar turbante, en vez de gorra, puedo ser policía», y en decir al empresario: «si me construyes una rampa, puedo trabajar en tu oficina», sin que ninguna de las dos pretensiones esté expresamente regulada. Los dos ejemplos tienen en común la idea que se podría expresar gráficamente con la frase: «si os movéis solo un poco, yo también quepo». En esta indefinición que, por otra parte, es flexibilidad, está el riesgo y, al mismo tiempo (según enseña la experiencia norteamericana), una de las claves del éxito del modelo de protección.

Si se piensa en un sistema de servicios sociales, por ejemplo, que tuviera como uno de sus ejes organizativos la atención de personas con discapacidad en residencias, es fácil caer en la cuenta de que la idea del ajuste razonable podría obligar a la reorganización de ese modelo de prestación de los servicios. Si se parte de la base de que, para quien no quiere ir a una residencia, la (fácticamente) obligatoria (porque no haya ascensor para subir a su vivienda, por ejemplo) reclusión en ese establecimiento es una medida de exclusión, será imperativo prever servicios de atención en el domicilio (donde esa persona quiere estar y se considera incluida en la sociedad). Estas ideas están expresamente presentes en el art. 19 CDPD. La falta de organización de ese servicio de atención do-

³⁰ J. A. GARCÍA AMADO, 2015, <http://almacendederecho.org/objecion-de-conciencia-al-bilo-de-la-reciente-sentencia-del-tc-en-el-caso-de-la-pildora-del-dia-siguiente/> (última visita 13 de abril de 2017) hace referencia al «casuismo desorbitado y el caos»; G. DOMÉNECH, 2016, <http://almacendederecho.org/las-razones-del-derecho-a-la-objecion-de-conciencial> (última visita 13 de abril de 2017) argumenta a favor del derecho con «razones de índole económica».

miciliaria (salvo que pudiera considerarse como desproporcionada) podría tenerse por discriminatoria (porque, según se ha visto, la falta de adopción de un ajuste razonable siempre lo es) y contraria al «derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad»³¹. La iniciativa alemana *Dabeim statt Heim* (en casa en lugar de en la residencia)³² difunde socialmente esos modelos organizativos de los servicios sociales. Algo semejante ha sucedido ya, de hecho, en el sistema educativo: la escolarización en centros de educación especial tiene ahora carácter excepcional (art. 18.3 TRLDPD).

Otro ejemplo, ya suficientemente conocido en el ámbito académico universitario, de la indefinición-flexibilidad de los ajustes razonables: aunque la normativa de exámenes de una Universidad no lo previera, se impone a ella la obligación de hacer el ajuste razonable de adaptar un examen a la forma en que pueda realizarse por el estudiante con discapacidad o al tiempo que necesite [art. 20.c) TRLDPD]. Los perfiles precisos de la obligación únicamente habrá que delimitarlos si surge un conflicto que, seguramente, solo la mala fe en alguna de las partes podría provocar.

Por supuesto, el legislador nacional puede (y debe, en la medida de lo posible) salir al paso de esa indefinición y concretar los mandatos convenientemente [aunque la intangibilidad del tratado (la CDPD) por la ley nacional (art. 96.1 CE) no permitirá al Estado al hacerlo llevar a cabo restricciones no convincentes]. Puede ponerse el ejemplo, que es lo que más nos interesa aquí, de la obligación de realizar ajustes razonables, como la instalación de ascensores o rampas, para permitir la accesibilidad a los edificios de viviendas. El art. 2.5 LSRU (a partir del texto del art. 2.4 de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas) ha concretado, para facilitar la aplicación del precepto, criterios para formular el juicio de proporcionalidad sobre dicho ajuste razonable: para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que su no adopción llevaría consigo, las características de la persona o entidad obligada y la posibilidad de obtener ayudas. En concreto, para los edificios en régimen de propiedad horizontal —sobre esto se volverá enseguida— la carga se entiende que es desproporcionada cuando el coste de las obras repercutido anualmente —y descontando las ayudas públicas a que se pueda tener derecho— exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes.

III. CONCRETOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA GARANTIZAR LA ACCESIBILIDAD DE LAS PERSONAS MAYORES A SU VIVIENDA

1. Introducción

El interés legislativo relativo a la supresión de barreras arquitectónicas no nació con la CDPD de 2006. Ya durante los años noventa fueron dictadas leyes autonómicas en

³¹ Vid. sobre esto R. DE ASÍS, «El eje...», *op. cit.*, p. 52.

³² Vid. <http://www.bi-dabeim.de/de/> (última visita 12 de abril de 2017).

esa materia³³. El modelo regulativo de esas normas, sin embargo, era simplemente el del establecimiento de un largo listado de estándares objetivos para garantizar la accesibilidad. La protección de los derechos subjetivos de las personas con dificultades de movilidad ha sido notablemente más eficaz desde que la CDPD instauró el citado modelo de los derechos ejercitables frente a todos. Es obvio que, en estos momentos, deben desarrollarse paralelamente la estrategia del «diseño para todos», con respecto al futuro, y la del «ajuste razonable», para poner remedio a las situaciones que proceden de un pasado en el que no se diseñaban los entornos para todas las personas. Casi todas las medidas a las que se hace referencia en adelante forman parte de la idea del ajuste razonable para las situaciones de falta de acceso universal procedentes del pasado.

2. Las obras previstas en la legislación civil, en especial, las obligatorias del art. 10 de la Ley de Propiedad Horizontal

El Derecho español ya ha adoptado, desde hace años, la decisión de imponer la garantía de la accesibilidad de las personas mayores de setenta años y de las personas con discapacidad, en buena medida, sobre los propietarios de los edificios en los que dicha vivienda se encuentra, como carga derivada de la función social de la propiedad (art. 33.2 CE). Es conocido que los mandatos de optimización relativos a la política social y económica contenidos en el capítulo tercero del título primero de la Constitución —en este caso, en especial, el derecho de las personas mayores a una vivienda digna y adecuada a sus circunstancias (art. 47 CE) y la protección de las personas mayores (art. 50 CE) y con discapacidad (art. 49 CE)— han sido utilizados con frecuencia por el legislador para delimitar, mediante la imposición de cargas u obligaciones que se imputan a la cuenta de la función social, el contenido del derecho de propiedad³⁴.

Como ya se ha dicho, la simple perspectiva económica de este planteamiento jurídico también tiene su interés: el cumplimiento por los propietarios de edificaciones de obligaciones con contenido económico que permiten a las personas mayores seguir viviendo en sus casas descarga —como fácilmente puede comprenderse— los presupuestos públicos de un gasto que crecería si esas personas tuvieran que optar por la vida en la residencia de mayores. Dicho de forma gráfica (aunque, ciertamente, no del todo precisa): los propietarios pagan lo que el Estado se ahorra.

La regulación más relevante del Derecho privado se contiene en el art. 10.1.*b*) de la Ley de propiedad horizontal, precepto que se refiere a una relación jurídico-privada entre la comunidad de propietarios y uno de ellos en cuya vivienda o local vivan, traba-

³³ En Madrid, por ejemplo, Ley 8/1993, de promoción de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, que no considera como beneficiados por su regulación solo a las personas con discapacidad, sino a todas las personas.

³⁴ Así, expresamente, por ejemplo, con referencia a las limitaciones del derecho de propiedad, la Exposición de Motivos de la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad.

jen o presten servicios voluntarios personas con discapacidad o mayores de setenta años. Se hace obligatoria para la comunidad, sin que se requiera hoy siquiera acuerdo previo de la junta (porque las obras tienen carácter obligatorio)³⁵, la realización de las obras que deriven de los «ajustes razonables» que garanticen la accesibilidad universal y sean instadas por el mencionado propietario. Se entiende que son ajustes razonables, por lo que se refiere al valor de las obras —como ya se ha dicho—, las que no superen el importe de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes, una vez descontadas las subvenciones o ayudas públicas. El cálculo exacto de esta cuantía, por cierto, no está exento de problemas interpretativos, que se remiten aquí a la opinión de los expertos en esta materia. Es claro que los volúmenes de gasto público que se están destinando a ayudas para realizar obras que garanticen la accesibilidad contribuyen a que los ajustes hayan de ser considerados «razonables». La norma dispone, por lo demás, que «no eliminará el carácter obligatorio de estas obras el hecho de que el resto de su coste, más allá de las citadas mensualidades, sea asumido por quienes las hayan requerido».

También en el ámbito del Derecho privado se sitúa la regulación del poder del arrendatario de realizar en el interior de la vivienda aquellas obras o actuaciones necesarias para que pueda ser utilizada de forma adecuada y acorde a la discapacidad o a la edad superior a los setenta años, tanto del propio arrendatario como de quienes vivan con él (art. 24 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos); y la regulación (en parte superada por las reglas citadas de la LPH) de la realización de las obras de adecuación de la finca urbana y de los accesos a la misma desde la vía pública (en la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad). Obviamente es muy relevante una diferencia clave entre las obras de la LPH y estas: estas se realizan a costa solo de quien tiene derecho a hacerlas.

3. El informe de evaluación de los edificios

La obligación de los propietarios de inmuebles ubicados en edificaciones con tipología residencial de vivienda colectiva de encargar la emisión de un informe de evaluación de los edificios (art. 29 LSRU) (como la anterior inspección técnica de construcciones) constituye una medida destinada a mejorar la eficacia y la eficiencia de la obtención por la Administración de la información necesaria para ejercer correctamente sus facultades en materia de disciplina urbanística. Se hace recaer el coste de la obtención de esa información relevante para decidir sobre cada uno de los propietarios, en lugar de que la Administración tenga que obtenerla por sus propios medios, lo que supone un ahorro importante para los recursos públicos³⁶ y un incremento, en consecuencia, de la eficiencia de la actuación administrativa.

³⁵ Como consecuencia de la modificación llevada a cabo por la DF 1.ª4 de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

³⁶ Así, A. CASARES MARCOS, «Informe de evaluación de edificios y eficiencia energética», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 39 (2016), p. 28.

La regulación de este instrumento básico (impuesto por la legislación estatal) pone claramente de manifiesto la prioridad de la accesibilidad universal en el contexto de otras finalidades a las que sirve la política urbanística. Ese aspecto es una de las tres perspectivas en las que se centra el informe (junto con el estado de conservación del edificio y su grado de eficiencia energética). Según se ha dicho ya, como una de las muchas manifestaciones del principio del «diálogo civil» [art. 2.º) TRLDPD]: en la medida de lo posible, nada relativo a las personas con discapacidad se decide sin que, de una u otra forma, sus organizaciones representativas hayan participado de forma relevante en el procedimiento de elaboración de la decisión] los técnicos facultados para emitir este informe, «cuando lo estimen necesario, podrán recabar, en relación con los aspectos relativos a la accesibilidad universal, el criterio experto de las entidades y asociaciones de personas con discapacidad que cuenten con una acreditada trayectoria en el ámbito territorial de que se trate y tengan entre sus fines sociales la promoción de dicha accesibilidad» (art. 30.1 LSRU). No es infrecuente, por otra parte, que, para facilitar el cumplimiento de la obligación de solicitar este informe, la Administración conceda ayudas para financiar, incluso al 100 por 100, el pago de los honorarios profesionales derivados de la emisión del informe³⁷.

4. Órdenes de ejecución

La más sencilla regulación del deber de garantizar la accesibilidad universal en las edificaciones destinadas a vivienda la ha ubicado nuestro Derecho urbanístico bajo el paraguas de una institución ya clásica en esta rama del Derecho administrativo, que es la del denominado *deber de conservación*: la función social de la propiedad ha obligado tradicionalmente a los propietarios a realizar las obras necesarias para mantener su edificación en condiciones adecuadas de seguridad, salubridad y ornato público. Desde hace ya casi veinte años, a la seguridad, la salubridad y el ornato público se ha añadido la accesibilidad universal [hoy, art. 15.1.º) LSRU]. Si un edificio tiene, por ejemplo, la fachada en una inadecuada situación estética y no es accesible para todos, la Administración municipal, a través de la «orden de ejecución» (art. 15.4 LSRU), puede imponer a los propietarios la obligación de realizar las obras necesarias para subsanar esas deficiencias. Y tampoco estas obras necesitan de acuerdo de la comunidad de propietarios, por ser de realización legalmente obligatoria [art. 10.1.º) LPH].

Con carácter general el límite del coste de las obras que deben asumir los propietarios alcanza la mitad del valor actual de construcción de un inmueble de nueva planta, equivalente al original, en relación con las características constructivas y la superficie útil, realizado con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable o,

³⁷ *Vid.*, p. ej., art. 9.2 de la Orden de 29 de diciembre de 2006 (modificado por Orden de 23 de noviembre de 2011), del Consejero (vasco) de Vivienda y Asuntos Sociales, sobre medidas financieras para rehabilitación de vivienda.

en su caso, quede en condiciones de ser legalmente destinado al uso que le sea propio (art. 15.3 LSRU). Ese es el contenido normal de la propiedad delimitada por su función social (en su vertiente jurídico-pública).

Desde luego, ese valor es notablemente superior al que estuvo vigente durante décadas, bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 (o la legislación que traía causa de él), que estaba constituido por el 50 por 100 del valor actual del edificio de que se trate (excluido el suelo)³⁸. Naturalmente, cuanto peor conservado estaba un edificio y más antiguo era, menor era su valor, y menor era también el límite del 50 por 100 de las obras que estaban obligados a realizar los propietarios. Ahora, el 50 por 100 se refiere a unas obras para realizar una nueva construcción, por completo independiente del estado de conservación y de la antigüedad del edificio que se trata de conservar.

En esta regulación la garantía de la accesibilidad universal es solo uno de los conceptos que, entre otros (la seguridad, la salubridad...), obligan a los propietarios a realizar obras. Se regula aquí una relación de Derecho público (entre los propietarios y la Administración municipal) que no exige, por cierto, que ninguno de los vecinos tenga una discapacidad o más de setenta años. El edificio ha de ser accesible para todos con independencia de que ninguno de los que habitualmente usan el edificio en la actualidad tenga problemas de movilidad. Ya los tendrán, seguramente; es cuestión de tiempo... La acción pública en materia de urbanismo (art. 62 LSRU), no obstante, puede llegar a «subjetivizar» esta obligación en favor de algún vecino que esté interesado en la correcta actuación administrativa para exigir de los propietarios el cumplimiento de aquella.

5. Actuaciones sobre el medio urbano

Las actuaciones en medio urbano (art. 17.2 LSRU) parecen reguladas conforme al modelo de una clásica *reparcelación o compensación*, pero que, en lugar de imponerse para la configuración fáctica y jurídica de un suelo rústico que se incorpora al proceso urbanizador y edificatorio, pretenden actuar sobre el más complejo marco de un tejido urbano vivo, aunque no en buenas condiciones. La actuación, como las tradicionales *reparcelación y compensación*, se realiza a través de un proceso de equidistribución de beneficios y cargas (arts. 17.2 y 24.2 LSRU), da lugar a una subrogación de las fincas de origen por las de resultado (art. 23.1 LSRU) y obliga a garantizar el derecho al realojamiento de los ocupantes legales de inmuebles que sean desalojados de su residencia habitual (art. 19 LSRU). La prioridad de la protección de los derechos de las personas con discapacidad se pone de manifiesto en la específica regla que se refiere a las caracte-

³⁸ Sobre el cambio de un valor a otro *vid.*, p. ej., L. ARROYO JIMÉNEZ, *La revisión de las técnicas de conservación urbanística*, Cizur Menor, 2006, pp. 46 y ss.; G. GARCÍA ÁLVAREZ, «Deber de conservación, ruina y rehabilitación», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2013, pp. 89-90, es crítico con el nuevo valor: «el problema es que el valor de referencia es puramente arbitrario, puesto que no guarda apenas ninguna relación con el valor de mercado del inmueble y, por tanto, con la manifestación de riqueza que supone la titularidad del inmueble».

rísticas que ha de cumplir la vivienda que se ofrezca a esas personas (art. 19.5 LSRU). A los efectos de decidir sobre la oportunidad de llevar a cabo una de estas actuaciones, se califica como infravivienda la edificación que no cumpla con los requisitos de accesibilidad universal (art. 2.2 LSRU). Se prevé la participación de la Administración en estas actuaciones (art. 9.4 LSRU), también con la aportación de ayudas que garanticen la viabilidad económica del procedimiento [art. 24.2.a) LSRU].

6. Ayudas públicas para la instalación de ascensores

La prioridad del objetivo de la garantía de la accesibilidad universal a la vivienda se muestra de forma clara en la regulación de las ayudas públicas concedidas durante los últimos años en materia de rehabilitación edificatoria. En el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016³⁹, la realización de los ajustes razonables en materia de accesibilidad constituye uno de los tres objetivos del programa de fomento de la rehabilitación edificatoria⁴⁰; los límites a los porcentajes subvencionados pueden ser excepcionados precisamente para este tipo de obras⁴¹; y entre los sectores preferentes, a los efectos de resolver los casos de empate en los procedimientos competitivos, se encuentran las personas con discapacidad⁴². Esa preferencia se reproduce en las normas autonómicas destinadas a desarrollar y ejecutar el plan estatal, en las que la obra para instalar ascensores en los edificios que no dispongan de él recibe un tratamiento prioritario⁴³.

7. Medidas excepcionales para la superación de dificultades técnicas, en especial, la cesión del uso del dominio público para la instalación de ascensores

El art. 24.4 y 6 LSRU (cuyo contenido estuvo previamente en los arts. 111 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible; y 10 de la Ley 8/2013, de 26 de ju-

³⁹ Prorrogado durante un año por el Real Decreto 637/2016, de 9 de diciembre, por el que se prorroga el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016.

⁴⁰ Art. 19.3.2 del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016.

⁴¹ Art. 23.2.a) del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016.

⁴² Anexo I del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016.

⁴³ *Vid.* la base séptima del Anexo I de la Orden 5/2016, de 19 de mayo, de la Consellería (valenciana) de Vivienda, Obras Públicas y Vertebración del Territorio, por las que se aprueban las bases reguladoras del Programa de fomento de la rehabilitación edificatoria y se convocan las ayudas para el ejercicio 2016. La obra para construir un ascensor en los edificios que no dispongan de él recibe más puntos que ninguna otra en los criterios de adjudicación de las ayudas.

nio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas) prevé un listado de medidas, calificables como excepcionales, para dar respuesta a problemas fácticos y normativos que impedirían la instalación de ascensores u otros elementos que garanticen la accesibilidad universal en edificios de viviendas: la posibilidad de ocupar superficies de espacios libres privados, en superficies comunes de uso privativo (en el régimen de propiedad horizontal), o, incluso, en el dominio público, para la citada instalación; la flexibilización de normas relativas a la edificabilidad y seguridad de las viviendas que, aplicadas tajantemente, la impedirían; y la flexibilización, también, del régimen de protección de los inmuebles declarados de interés cultural (o cualquier otro régimen análogo) para permitirlos.

La idea que está detrás del precepto es la propia del ajuste razonable: mitigar el rigor de la aplicación estricta de las normas, si con esa pequeña adaptación se consigue hacer posible lo que, sin ella, no lo era. Puede entenderse que los mencionados preceptos estatales (básicos y necesitados de concreción, DF 2.^a LSRU) remiten a un ulterior desarrollo que, en su mayor parte, puede ser realizado directamente por el poder normativo municipal. De hecho, buena parte de las previsiones citadas preexistían a la norma estatal contenidas en ordenanzas cuya regulación, en su caso, ha sido perfeccionada en algún punto por la norma legal.

(i) La ocupación de superficies de espacios libres privados, en superficies comunes de uso privativo (en el régimen de propiedad horizontal), o, incluso, en el dominio público, para la instalación de ascensores

Una serie de ordenanzas municipales reguladoras de «las condiciones para la instalación de ascensores en edificios existentes de carácter residencial» se ocuparon de esta cuestión ya antes de que lo hiciera la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible⁴⁴. En los edificios de viviendas que no dispusieran de ascensor este debería ubicarse (por este orden): si es posible, en el interior del edificio; si eso no es posible, en patio interior cerrado; si eso no es posible, se instalaría el ascensor en el exterior del edificio, sobre espacio libre privado; si tampoco fuera practicable esa solución, como última posibilidad, sobre el dominio público.

Para esta última opción solía disponerse en las citadas normas municipales que la posible ocupación del dominio público «se articula exclusivamente con el fin de subsanar la carencia de accesibilidad en las edificaciones existentes destinadas a uso residencial de vivienda colectiva, y se encuentra supeditada, en todo caso, al interés público, que deberá prevalecer»⁴⁵. Y está previsto que la ocupación se legitime, curiosamente (porque las obras del ascensor, como es obvio, deben considerarse como uso privativo con obras fijas o no desmontables) por una autorización otorgada en precario: en estos casos, dicen

⁴⁴ Vid., p. ej., con una estructura común muy semejante, las Ordenanzas municipales reguladoras de «las condiciones para la instalación de ascensores en edificios existentes de carácter residencial» de Sevilla (19 de abril de 2007), de Salamanca (25 de enero de 2010) y de San Sebastián de los Reyes (15 de marzo de 2012).

⁴⁵ Vid. art. 5 de la citada Ordenanza de Salamanca (2010).

estas normas, «simultáneamente a la licencia de obras, se otorgará una *autorización para la ocupación privativa del dominio público en precario*, que cesará cuando el edificio sea sustituido, o bien anticipadamente, cuando el interés público acreditado en el correspondiente expediente exija su extinción. En cualquier caso, con la extinción de la autorización procederá el cese de la ocupación del dominio público y su restitución a su estado original, sin que el cese genere derecho a indemnización por ningún concepto, y correrán a cargo del solicitante los costes necesarios para la restitución al estado original»⁴⁶. Nada dicen estas normas expresamente sobre la necesidad del pago de canon.

Parece claro que la previsión de la autorización en precario, en lugar de la concesión (que sería el título administrativo inicialmente idóneo para legitimar esta ocupación privativa del dominio público), tiene su explicación en el interés municipal de no tener que pagar indemnización en el caso de que, por alguna razón de interés público, fuera necesario revocar el acto administrativo declarativo de derechos que permite la ocupación del dominio público. En otros municipios, la ordenanza se refiere abstractamente a la «cesión de uso del suelo»⁴⁷; y, en la práctica, esta se otorga a través de una concesión, que devenga el pago de canon, que se adjudica de forma directa (sin tramitar procedimiento de licitación pública) y por un plazo (que quizás debe entenderse como prorrogable) de veinticinco años⁴⁸.

Antes, si la instalación del ascensor exigía ocupar partes de pisos o locales, o superficies comunes de uso privativo (en el régimen de propiedad horizontal), se exigía que se acreditase «expresamente el consentimiento de los propietarios afectados para su ocupación»⁴⁹. Hoy se prevé la posibilidad de expropiar esas superficies para hacer posible la instalación del ascensor [art. 9.5.g) LSRU]. Muy de acuerdo con las ideas del principio de proporcionalidad (no se aplica la medida de intervención más intensa, si no se acredita que no se alcanza el fin pretendido utilizando la menos intensa), en alguna ordenanza se dispone que antes de que se acuerde la expropiación es necesario acreditar que han fracasado «las gestiones realizadas ante las personas titulares de tales bienes y derechos» para conseguir su consentimiento⁵⁰.

También prevé el art. 24.4 LSRU que, para facilitar la instalación del ascensor en un edificio de viviendas, incluso, se desafecte y se enajene a la comunidad de propietarios (o agrupación de comunidades) una porción del dominio público. La medida parece verdaderamente extrema cuando la misma finalidad se pueda conseguir con la cesión del uso por concesión. No estaba prevista en ninguna de las ordenanzas consultadas. La desafectación y enajenación del dominio público debe —en mi opinión— considerarse como

⁴⁶ Vid. art. 10 de la citada Ordenanza de Salamanca (2010).

⁴⁷ Vid. art. 9 de la Ordenanza municipal de instalación de ascensores en edificios residenciales de Leganés (13 de julio de 2004).

⁴⁸ Agradezco esta información a mi amigo Jaime Tienza, funcionario del Ayuntamiento de Leganés.

⁴⁹ Vid. art. 13 de la citada Ordenanza de San Sebastián de los Reyes (2012).

⁵⁰ Vid. art. 11 de la Ordenanza municipal de promoción de la accesibilidad de las viviendas de Basauri (31 de enero de 2013).

una medida rigurosamente excepcional reservada para los supuestos de actuaciones sobre suelo urbano de mayor calado, en las que se den casos de alteraciones de linderos de fincas con efectos de subrogación real y adjudicación de parcelas resultantes (art. 23.1 LSRU).

Cuando la superficie que hubiera que ocupar fuera de la titularidad de una Administración distinta de la municipal, se preveía en las ordenanzas citadas que se aportara por los interesados la correspondiente autorización de uso de la Administración titular⁵¹. Ahora es el municipio el que interviene y gestiona la obtención de esa autorización en favor de los particulares interesados: los Ayuntamientos podrán solicitar a la Administración titular la cesión de uso o la desafectación de los bienes correspondientes que, procederá, en su caso, de conformidad con lo previsto en la legislación reguladora del bien correspondiente (art. 24.4 LSRU).

(ii) Los instrumentos de ordenación urbanística —dispone el art. 24.4 LSRU— garantizarán la posibilidad de instalar el ascensor «bien permitiendo que aquellas superficies no computen a efectos del volumen edificable, ni de distancias mínimos a linderos, otras edificaciones o a la vía pública o alineaciones, bien aplicando cualquier otra técnica que, de conformidad con la legislación aplicable, consiga la misma finalidad». Algunas de las ordenanzas citadas ya habían previsto que la instalación del ascensor, «al no suponer aumento de edificabilidad o aprovechamiento urbanístico», podrá llevarse a cabo «en edificios que hayan agotado la edificabilidad máxima asignada por el planeamiento»⁵². Y que, cuando sea incompatible la instalación del ascensor con la estricta observancia de la anchura estándar de las escaleras por razones de protección contra incendios, esta podría excepcionarse mediante la adopción de medidas compensatorias (extintores, alumbrado de emergencia, central de alarma y señalización, detectores de humo, sirenas, etc.)⁵³.

(iii) Para salir al paso, por último, de la eventual contradicción entre la instalación del ascensor y las normas de protección de inmuebles declarados de interés cultural o sometidos a un régimen análogo, permite al art. 24.6 LSRU buscar «soluciones innovadoras» que permitan garantizar la accesibilidad. La medida también estaba prevista en las ordenanzas mencionadas⁵⁴.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARROYO JIMÉNEZ, L.: *La revisión de las técnicas de conservación urbanística*, Cizur Menor, 2006.
 ASÍS, R. de: «El eje de la accesibilidad y sus límites», *Anales de Derecho y discapacidad*, núm. 1 (2016), pp. 51-67.

⁵¹ Vid. art. 12 de la citada Ordenanza de Sevilla (2007).

⁵² Vid. art. 4 de la citada Ordenanza de Sevilla (2007).

⁵³ Vid. la Recomendación General del Ararteko2/2013, de 5 de febrero, sobre la necesidad de garantizar la accesibilidad universal en aquellos edificios residenciales colectivos que dispongan de barreras arquitectónicas, en especial, mediante la instalación de ascensores, pp. 11-12; y art. 6 de la Ordenanza municipal de promoción de la accesibilidad de las viviendas de Basauri (31 de enero de 2013).

⁵⁴ Vid. art. 5 de la citada Ordenanza de Basauri (2013); y art. 11 de la Ordenanza de Salamanca (2010).

- ASÍS, R. de; AIELLO, A. L.; BARIFFI, F.; CAMPOY, I., y PALACIOS, A.: *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Madrid, 2007.
- BOWEN, I.: «The American Experience: What Makes the ADA Works, and What Are the Implications for Implementation of Germany's Accessibility Laws?», en F. WELTI (ed.), *Rechtliche Instrumente zur Durchsetzung von Barrierefreiheit*, Kassel, 2013, pp. 79 y ss.
- CANO CAMPOS, T.: *Las sanciones de tráfico*, Cizur Menor, 2011.
- CASARES MARCOS, A. B.: «Informe de evaluación de edificios y eficiencia energética», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 39, 2016, pp. 1-65.
- DÍEZ SASTRE, S.: *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, 2012.
- DOMÉNECH PASCUAL, G.: «Las razones del derecho a la objeción de conciencia», 2016, <http://almacendederecho.org/las-razones-del-derecho-a-la-objecion-de-conciencia>.
- GARCÍA ÁLVAREZ, G.: «Deber de conservación, ruina y rehabilitación», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2013, pp. 73-108.
- GARCÍA AMADO, J. A.: «Objeción de conciencia. Al hilo de la reciente sentencia del TC en el caso de la píldora del día siguiente», 2015, <http://almacendederecho.org/objecion-de-conciencia-al-hilo-de-la-reciente-sentencia-del-tc-en-el-caso-de-la-pildora-del-dia-siguiente>.
- GAWANDE, A.: *Being Mortal. Medicine and What Matters in the End*, New York, 2014.
- MEDINA, L.: *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Madrid, 2016.
- «Los hechos en el Derecho administrativo. Una aproximación», *Revista de Administración Pública*, núm. 177, 2016, pp. 103-158.
- NIETO, A.: *Derecho administrativo sancionador*, 4.^a ed., Madrid, 2005.
- REBSTOCK, M.: «Barrierefreiheit in der Planungspraxis», en F. WELTI (ed.), *Rechtliche Instrumente zur Durchsetzung von Barrierefreiheit*, Kassel, 2013, pp. 63 y ss.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a: *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid, 2016.
- SCHLAKE, S.: «Verbandsklagen im Umwelt - und Verwaltungsrecht», en F. WELTI (ed.), *Rechtliche Instrumente zur Durchsetzung von Barrierefreiheit*, Kassel, 2013, pp. 99 y ss.
- TARUFFO, M.: *La prueba de los hechos* (trad. esp. de la edición italiana de 1992), Madrid, 2002.
- WELTI, F.: «Barrierefreiheit als Rechtsbegriff», en F. WELTI (ed.), *Rechtliche Instrumente zur Durchsetzung von Barrierefreiheit*, Kassel, 2013, pp. 23 y ss.