

# EL RETO DE LA ACCESIBILIDAD Y SU INCUMPLIMIENTO POR LOS PODERES PÚBLICOS: CONSECUENCIAS DE LA INACTIVIDAD REGLAMENTARIA

JUANA MORCILLO MORENO  
Universidad de Castilla-La Mancha

## **Cómo citar/Citation**

Morcillo Moreno, J. (2019).

El reto de la accesibilidad y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria.

*Revista de Administración Pública*, 210, 287-318.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.10>

## **Resumen**

Desde que en mayo de 2008 entrara en vigor en España la *Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, la agenda política y normativa de la discapacidad se mueve. Al anteproyecto de reforma del art. 49 de la Constitución hay que sumar otros frentes abiertos, como el derecho de voto, la capacidad jurídica o la accesibilidad. El presente comentario se centra en la accesibilidad, principio transversal a todas las políticas públicas. Más allá de las recientes normas aprobadas al respecto tanto en la Unión Europea como en España, el presente trabajo analiza los argumentos que conducen al Tribunal Supremo a estimar, en su STS 384/2019, el recurso contencioso-administrativo planteado por el CERMI, obligando al Gobierno español a aprobar el reglamento que regule las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad.

**Palabras clave**

Accesibilidad; discapacidad; inactividad reglamentaria; ajustes razonables; Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

**Abstract**

Since the *International Convention on the Rights of Persons with Disabilities* came into force in Spain in May 2008, the political and legal agenda of disability is on the go. The draft reform of article 49 of the Spanish Constitution is an example, as are also the right to vote, legal capacity or accessibility. This study focuses on the principle of accessibility, which is transversal to all public policies. Beyond the current rules approved in this regard both in the European Union and in Spain, this paper analyses the arguments leading the Supreme Court of Spain to rule in favour of the plaintiff, the *Spanish Committee of Representatives of Persons with Disabilities* (known as CERMI). Thus, ruling No. 384/2019 mandates the Spanish Government to pass a regulation establishing the basic accessibility and non-discrimination requirements for the access and use of goods and services available to the public by persons with disabilities.

**Keywords**

Accessibility; Disability; Regulatory Inaction; Reasonable Accommodation; International Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. HACIA LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL: DE NACIONES UNIDAS A LA REGULACIÓN EN ESPAÑA, PASANDO POR EL RECIENTE MARCO EUROPEO: 1. Los efectos jurídicos de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español a través del art. 10.2 CE. 2. Accesibilidad, diseño universal y ajustes razonables en la Convención. 3. El marco normativo de la Unión Europea: la «Directiva de Accesibilidad». 4. Apunte sobre la accesibilidad en España. III. LA STS 384/2019, DE 20 DE MARZO: 1. Argumentos de las partes: 1.1. *El CERMI*. 1.2. *El abogado del Estado*. 2. Fundamentación del Tribunal Supremo: 2.1. *Sobre la inadmisibilidad del recurso*. 2.2. *Sobre el fondo del asunto*. IV. COROLARIO.

---

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Transcurrida más de una década desde que entró en vigor en España la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención ONU), parece que la agenda política y normativa de la discapacidad se mueve. Así es. El 7 de diciembre de 2018 el Gobierno aprobó un anteproyecto de reforma del art. 49 de la Constitución para adaptarlo a la Convención ONU desde la perspectiva del lenguaje y también de su estructura y contenido<sup>2</sup>. Pero no solo. Tras un largo paréntesis, las demandas reivindicadas por el movimiento asociativo de las personas con discapacidad comienzan a tener visibilidad y a ser atendidas. Aunque son varios los frentes abiertos, cuestiones como el derecho de voto —reconocido por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre— o la capacidad jurídica —en pleno proceso de revisión— centran

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación regional «Administración electrónica, transparencia y contratación pública», dirigido por los profesores I. Martín Delgado y J. A. Moreno Molina. Asimismo, forma parte de las actividades desarrolladas por el grupo de investigación Discapublic (Discapacidad y Políticas Públicas) de la Universidad de Castilla-La Mancha, dirigido por J. Morcillo Moreno.

<sup>2</sup> El texto se aprobó a partir de la propuesta de la Comisión para las políticas integrales de la discapacidad del Congreso de los Diputados, con participación del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad. Anteproyecto disponible en [https://www.mpr.gob.es/prencom/notas/Documents/071218\\_Art49Consti.pdf](https://www.mpr.gob.es/prencom/notas/Documents/071218_Art49Consti.pdf) (consulta: 10/10/2019).

actualmente el debate. A este último respecto, el anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad pretende que el sistema de sustitución de la voluntad dé paso a otro de provisión de apoyos en el que la persona con discapacidad pueda tomar decisiones y, por encima de todo, se respete su voluntad<sup>3</sup>.

Paralelamente, un tema está cobrando importancia y adquiriendo protagonismo en el escenario de la discapacidad. Se trata de la accesibilidad, que la Convención ONU recoge como principio general (art. 3.f) y derecho (art. 9) de aplicación transversal a cualquier política pública en materia de discapacidad y que ya la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU)<sup>4</sup> había considerado como presupuesto esencial del ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. De hecho, más allá de las competencias autonómicas y locales, la LIONDAU encomendaba al Gobierno español el dictado de unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en determinados ámbitos para garantizar a los ciudadanos con discapacidad unos mismos niveles de igualdad de oportunidades<sup>5</sup>. El Gobierno cumplió con los encargos, salvo la aprobación del reglamento de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad a los bienes y servicios a disposición del público.

Por otra parte, en el plano europeo, a principios de junio de 2019 se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (DOUE) la importante y esperada Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios, cono-

---

<sup>3</sup> Justamente ese es el objetivo de la Ley 3/2018, de 24 de mayo, de protección y apoyo garantizado para personas con discapacidad en Castilla-La Mancha, pionera en Europa. La norma establece un sistema de apoyos para quienes tengan limitada su autonomía personal para tomar decisiones y pivota sobre el llamado *Plan personal de futuro*. Dicho documento, diseñado por la persona con discapacidad con la ayuda de su familia o representante legal y el asesoramiento de un agente de mediación, contendrá «las preferencias y prioridades en cuanto a los mecanismos de apoyo que desea recibir cuando los apoyos familiares no puedan desempeñar esa función» (art. 11). Esta y otras cuestiones relativas a la discapacidad intelectual pueden consultarse en el libro colectivo que he dirigido sobre *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar. De la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de posesiones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

<sup>4</sup> Como es conocido, la LIONDAU fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

<sup>5</sup> Los cinco ámbitos en que debían dictarse las condiciones básicas de accesibilidad eran los siguientes: relaciones con las Administraciones públicas, incluyendo la participación en la vida política y procesos electorales (DF 5ª), bienes y servicios a disposición del público (DF 6ª), nuevas tecnologías, sociedad de la información y medios de comunicación (DF 7ª), transporte (DF 8ª) y edificación y urbanismo (DF 9ª).

cida como «Directiva de Accesibilidad», primera en regular con carácter general las condiciones de accesibilidad de bienes y servicios en el ámbito de la Unión Europea. Y apenas unos meses antes, España aprobó el reglamento sobre accesibilidad de sitios web y apps del sector público para transponer la Directiva (UE) 2016/2102, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público<sup>6</sup>.

De este modo, si desde una perspectiva activa los ordenamientos europeo y español se están poniendo al día, adecuando su normativa en materia de accesibilidad al mandato de Naciones Unidas, también los tribunales están cumpliendo su función, reaccionando frente a la relajación y, en ocasiones, incumplimiento del Gobierno español de los encargos del legislador. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en dos de sus últimos pronunciamientos.

El primero, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 350/2019, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:1068), dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo<sup>7</sup>, estima el recurso presentado por la Asociación Unificada de Guardias Civiles frente al Real Decreto 848/2017, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de destinos del personal de la Guardia Civil. La omisión del informe de impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad conduce al Alto Tribunal español a declarar la nulidad de la citada disposición. Y es que dicho informe era necesario por relevante, al incidir directamente la norma en los derechos profesionales de los guardias civiles con discapacidad<sup>8</sup>. Además, el reglamento tampoco contaba con el informe del Consejo Nacional de Discapacidad.

El segundo pronunciamiento, que constituye el objeto de este trabajo, es la STS 384/2019, de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:894), dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo<sup>9</sup>, estimatoria del recurso planteado por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) frente al Gobierno español por inactividad al no haber aprobado el reglamento para regular las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con

<sup>6</sup> Nos referimos al Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público.

<sup>7</sup> Recurso 618/2017, ponente don Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

<sup>8</sup> La Memoria de Análisis de Impacto Normativo solo indicaba que el proyecto no tenía dicho impacto, sin justificar nada más. A tal efecto, el Tribunal Supremo trae a colación los arts. 26.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y 2.2 del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo —vigente en el momento de elaboración del reglamento impugnado—, junto a la disposición adicional 5ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>9</sup> Recurso 691/2017, ponente don Segundo Menéndez Pérez.

discapacidad. Y es que la falta de tales condiciones básicas impide que se avance en la inclusión de las personas con discapacidad en determinados ámbitos como la educación, la cultura o el deporte, al no existir una normativa mínima estatal reguladora, más allá de ciertas normativas sectoriales autonómicas que, a la postre, resultan insuficientes.

La estimación del recurso fue acompañada de la obligación impuesta al Gobierno de elaborar, aprobar y promulgar el reglamento para regular las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación a bienes y servicios públicos por las personas con discapacidad. ¿Cuáles fueron las principales razones que condujeron al Tribunal Supremo a la adopción de tal decisión? ¿Deriva de la misma un reforzamiento del principio rector recogido en el art. 49 de la Constitución?

A estos y otros interrogantes se dará respuesta en las siguientes líneas, no sin antes enmarcar debidamente la cuestión.

## II. HACIA LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL: DE NACIONES UNIDAS A LA REGULACIÓN EN ESPAÑA, PASANDO POR EL RECIENTE MARCO EUROPEO

### 1. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL A TRAVÉS DEL ART. 10.2 CE

La Convención ONU es la norma de referencia internacional que marca un antes y un después en materia de derechos de las personas con discapacidad. Aprobada el 13 de diciembre de 2006, fue el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante en el ámbito de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Entre otros muchos Estados —hasta un total de 177—, son parte de la Convención la Unión Europea y sus Estados miembros. En este sentido, la Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009<sup>10</sup> acordó la aprobación, en nombre de la Comunidad, de la Convención «sin perjuicio de una reserva en relación con su art. 27, apartado 1»<sup>11</sup>, esto es, sin perjuicio del derecho de que gozan los Estados miembros de no aplicar a las fuerzas armadas el principio de igualdad de trato por lo que se refiere a la discapacidad<sup>12</sup>. Por

<sup>10</sup> La Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad se publicó en el *DOUE* de 27 de enero de 2010.

<sup>11</sup> Art. 1 Decisión 2010/48/CE.

<sup>12</sup> Dicho derecho se recoge en el art. 3.4 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad

tanto, desde el 22 de enero de 2011 la Convención ONU se aplica en la Unión Europea.

Tras la autorización de las Cortes<sup>13</sup>, España ratificó esta Convención y su Protocolo facultativo el 21 de abril de 2008, entrando en vigor el 3 de mayo de ese mismo año<sup>14</sup>. Tras su publicación en el *BOE*, la Convención ONU forma parte del ordenamiento jurídico español, vincula a todos los poderes públicos y es invocable ante las autoridades políticas, judiciales y administrativas. De hecho, la Convención ONU exige a los Estados parte que protejan y salvaguarden todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad. Ello es indudable. Lo que no lo es tanto es el alcance que deba tener dicha protección o salvaguarda. En este sentido, la puerta de entrada del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno es el art. 10.2 de la Constitución española (CE), según el cual:

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

Dicho precepto, que afecta únicamente a los tratados internacionales que reconocen derechos fundamentales —yendo más allá de lo establecido con carácter general para todos los tratados en el art. 96.1 CE<sup>15</sup>—, constitucionaliza la operatividad de aquellos como «canon de interpretación» de los derechos y libertades incluidos en la CE, pudiendo enriquecer el contenido de estos con nuevas dimensiones<sup>16</sup>.

---

de trato en el empleo y la ocupación, cuando señala que «[l]os Estados miembros podrán prever la posibilidad de que la presente Directiva no se aplique a las fuerzas armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad».

<sup>13</sup> A tenor del art. 94.1 CE, «[l]a prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: [...] c) Tratados o convenios que afecten a [...] los derechos y deberes fundamentales establecidos en el tít. I».

<sup>14</sup> La entrada en vigor de la Convención ONU se produjo, según lo indicado en su art. 45.1, el trigésimo día a partir de la fecha en que se depositó el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión.

<sup>15</sup> «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional».

<sup>16</sup> Véase P. Cuenca Gómez (2012), «La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno: la interpretación del art. 10.2 de la Constitución española», *Revista de Estudios Jurídicos (Segunda Época)*, 12, págs. 1-24 (págs. 3 y 4). De «canon hermenéutico de la regulación de los derechos y libertados en la Norma Fundamen-

Una cuestión importante relativa al ámbito de aplicación del art. 10.2 CE (derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce) es su posible afectación a los derechos recogidos como principios rectores de la política social y económica en el cap. III del título I. En este sentido, la doctrina más estricta circunscribe la aplicación de la cláusula interpretativa del art. 10.2 a los derechos fundamentales *stricto sensu* (sección 1ª del cap. II del título I —arts. 14 al 29 más 30.2— CE), si bien un sector doctrinal mayoritario extiende la aplicación del art. 10.2 CE a todos los derechos incluidos en el cap. II del título I (arts. 14 al 38 CE). Incluso hay quienes consideran de aplicación el art. 10.2 CE a todos los derechos recogidos en el título I y, por tanto, también a los incluidos en el cap. III, con independencia de su ubicación y de los instrumentos previstos para su tutela<sup>17</sup>.

En cuanto al Tribunal Constitucional, su posición es un tanto imprecisa. Aunque incluye sin duda en el ámbito de aplicación del art. 10.2 CE los derechos fundamentales de la sección 1ª del cap. II del título I CE, no considera aplicable dicho precepto a los demás derechos incluidos en el cap. II, por más que de algún pronunciamiento parezca derivarse lo contrario<sup>18</sup>. Y, desde luego, niega con carácter general la aplicación del art. 10.2 CE al cap. III del título I. Este tema resulta de especial interés porque el único artículo que se refiere específicamente a las personas con discapacidad en el texto constitucional es el 49, precepto que forma parte del cap. III<sup>19</sup>.

---

*tal*» habla Saiz Arnaiz (1999), en *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial (pág. 53). Y algún otro autor considera al art. 10.2 CE «fuente interpretativa-integrativa del texto constitucional» [E. Alonso García (1984), *La interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (pág. 400)].

<sup>17</sup> En el trabajo mencionado, Cuenca Gómez (2012, págs. 5 y 6) repasa los autores que sostienen cada una de estas interpretaciones y concluye, siguiendo a Saiz Arnaiz (1999, págs. 73 a 76), en admitir la aplicación del art. 10.2 CE también a los derechos recogidos en el cap. III del título I CE. El argumento más importante que justifica tal conclusión es la ubicación del art. 10.2 encabezando el título I y justo antes de la división en capítulos del mencionado título.

<sup>18</sup> En este sentido, la STC 36/1991, de 14 de febrero, que declaró la inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, señaló que el art. 10.2 CE, aunque no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados si no están también consagrados en la Constitución, obliga a interpretar los preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de los tratados o convenios internacionales, «de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de derechos y libertades que enuncia el *capítulo segundo del título I de nuestra Constitución*» (FJ 5º). [Las cursivas son nuestras].

<sup>19</sup> El art. 49 CE reza como sigue: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán

Representativa de la jurisprudencia constitucional resulta la STC 32/2019, de 28 de febrero, al conectar la aplicación del art. 10.2 con el 47 CE, precepto que recoge el derecho a una vivienda digna en el cap. III del tít. I CE<sup>20</sup>. Pues bien, tras referirse a la posible vulneración del art. 47 CE y otras normas internacionales, el Tribunal Constitucional sostiene que:

[...] en la medida en que el art. 47 CE no garantiza un derecho fundamental sino que enuncia un principio rector de la política social y económica, una directriz constitucional dirigida a los poderes públicos, la regulación controvertida no puede en ningún caso contravenir el mandato del art. 10.2 CE de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (esto es, los *contenidos en los arts. 14 a 29, más la objeción de conciencia del art. 30.2*) de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España<sup>21</sup>.

Y añade:

[...] De todos modos, ni siquiera en la hipótesis de que el art. 47 CE reconociese un derecho fundamental —lo que no es el caso— cabría admitir que los textos internacionales sobre derechos humanos invocados por los recurrentes constituyesen canon para el control de constitucionalidad de la regulación legal impugnada. Este Tribunal tiene reiteradamente declarado, y procede recordarlo una vez más, que la utilidad hermenéutica de los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 CE, *no convierte a tales instrumentos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales*<sup>22</sup>.

---

especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

<sup>20</sup> La STC 32/2019 desestima el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea frente a la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a (sic) la ocupación ilegal de viviendas. La conocida como Ley anti-okupas habilitó un cauce procesal para que los legítimos poseedores de viviendas ocupadas ilegalmente pudieran obtener su restitución en un plazo razonable. Entre otras razones, el grupo recurrente alegó la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE).

<sup>21</sup> FJ 6º. *Cursivas añadidas.*

<sup>22</sup> *Idem.*

Así pues, el Tribunal Constitucional confirma su posición restrictiva sobre la efectividad del art. 10.2 CE, al limitarla a los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, y rechaza que a través del art. 10.2 CE los tratados sobre derechos humanos se conviertan en canon de constitucionalidad del resto de normas y de la actuación de los poderes públicos<sup>23</sup>.

Pero esta sentencia también resulta de especial interés por el voto particular concurrente que a la misma formuló doña M<sup>a</sup> Luisa Balaguer Callejón, valioso por sus consideraciones respecto al valor de los principios rectores de la política social y económica. La magistrada, aunque comparte el fallo de la sentencia, asume una concepción distinta del alcance de los derechos recogidos en el cap. III y señala que el carácter normativo del art. 47 CE asegura su condición de «parámetro de constitucionalidad de las normas con rango de ley». El reconocimiento, respeto y protección de los principios rectores deben informar la legislación positiva y la actuación de los poderes públicos, pero también la práctica judicial. Y, si bien el art. 53.3 CE condiciona la alegación de los principios rectores ante la «jurisdicción ordinaria» a lo que dispongan las leyes que los desarrollen, nada similar recoge respecto a la «jurisdicción constitucional». Por tanto,

[...][e]l parámetro de control para el Tribunal es la Constitución, también el art. 47, y desde esta posición, desde la perspectiva de la garantía de plena eficacia de la totalidad del texto constitucional, también de los principios rectores que contiene, es desde la que debe formularse el juicio de constitucionalidad [...].

Balaguer Callejón apuntala su argumento aludiendo, de un lado, a la importancia de las apreciaciones de los comités *ad hoc* que garantizan los tratados<sup>24</sup> y, de otro, a varios pronunciamientos en los que, con ocasión de los derechos a la

<sup>23</sup> Cuestiona esta idea Cuenca Gómez (2012, págs. 12 y 14), para la que «los tratados sobre derechos humanos adquieren en la práctica un estatus constitucional». Y es que, mientras la generalidad de los tratados operan en un nivel «supra-legal, pero en todo caso infraconstitucional», los tratados sobre derechos humanos «operan en el nivel constitucional». Por todo ello, concluye, los tratados sobre derechos humanos «funcionan como parámetro indirecto en el juicio de constitucionalidad y de amparo». A una conclusión similar había llegado, tiempo atrás, Saiz Arnaiz (1999, pág. 275) y, algo más tarde, Rey Martínez, para quien los tratados aludidos en el art. 10.2 CE «en la medida en que coadyuvan a la conformación del contenido del derecho fundamental integran el parámetro de constitucionalidad de las leyes» [F. Rey Martínez (1989), «El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (análisis del art. 10.2 CE)», *Revista General del Derecho*, 537, págs. 3611-3631 (pág. 3620)].

<sup>24</sup> En este sentido, reprocha al Tribunal no haber tenido en cuenta dos documentos aprobados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

salud (art. 43 CE)<sup>25</sup>, al disfrute de un medio ambiente adecuado (art. 45 CE)<sup>26</sup> y a la infancia (art. 39.4 CE)<sup>27</sup>, el propio Tribunal Constitucional había resaltado el valor de los principios rectores como condicionantes de la actuación del legislador y de los poderes públicos. Porque, además, todos los derechos del tít. I:

[...] confluyen en la garantía de la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) [...] Y, por supuesto, todos tienen un impacto innegable en la promoción de la igualdad real de las personas y de los grupos en que esas personas se integran (art. 9.2 CE).

Por todo ello, tras echar en falta una «justificación reforzada» respecto del cumplimiento por el legislador de ciertos estándares internacionales, el voto particular finaliza apelando a un reforzamiento de la doctrina establecida en la STC 45/1989, de 20 de febrero, que recogía la posibilidad de utilizar los principios rectores —en el caso, el derecho de protección a la familia (art. 39 CE)— «como

<sup>25</sup> La STC 139/2016, de 21 de julio, desestima en su práctica totalidad el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento de Navarra frente a diversos preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Avala, por tanto, casi por completo la reforma del Sistema Nacional de Salud y la exclusión del mismo de las personas extranjeras en situación administrativa irregular. No obstante, dos votos particulares entendieron que dicha exclusión era manifiestamente desproporcionada y que no se había justificado bastante la extraordinaria y urgente necesidad. En su FJ 8º, la sentencia niega que el art. 43 CE «constituya una norma únicamente programática», debiendo, por el contrario, «ser considerado como un principio rector constitucional dirigido a orientar y determinar la actuación de los poderes públicos [...], expresivo de “un valor de indudable relevancia constitucional” [...], lo que se traduce en su obligación “de organizar” la salud pública y de “tutelarla a través de las medidas, las prestaciones y los servicios necesarios”».

<sup>26</sup> La STC 233/2015, de 5 de noviembre, se pronunció por primera vez sobre la reforma de la Ley de Costas de 1988, operada por la Ley 2/2013, estimando parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados frente a varios artículos de la citada norma. Por lo que a nosotros concierne, afirmó un principio de no regresión en materia medioambiental, derivado del art. 45 CE.

<sup>27</sup> En esta ocasión, la magistrada alude a sendos autos del Tribunal Constitucional (AATC 286/1991, de 1 de octubre, y 94/2001, de 24 de abril) en los que, como consecuencia del art. 10.2 CE, se interpretan los derechos de niños y adolescentes según la Convención de los Derechos del Niño. Más recientemente, la STC 64/2019, de 9 de mayo, apela a dicha Convención para desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada y entender que no se vulnera la intimidad de un menor cuando, tras su exploración, se da traslado a las partes del acta detallada. Aunque la sentencia enjuicia la cuestión desde el art. 18.1 CE, también indirectamente entra en juego el art. 39.4 CE, que indica que «[l]os niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

criterio para valorar la constitucionalidad de una acción positiva del legislador» (FJ 4º)<sup>28</sup>.

Ni que decir tiene la importancia de esta reivindicación para las personas con discapacidad, cuyo estatus jurídico se recoge como principio rector en el art. 49 CE. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha fortalecido el valor normativo de dicho principio rector por la vía del art. 10.2 CE, al conectarlo con el art. 14 CE. Es el caso, por ejemplo, de la STC 3/2018, de 22 de enero<sup>29</sup>, en la que, en un supuesto de discriminación múltiple, se declara la vulneración del art. 14 CE por la doble razón de la discapacidad y la edad.

Aclarado lo anterior, y constatada la funcionalidad de la Convención ONU a través del art. 10.2 CE como parámetro interpretativo y, siquiera indirectamente, de constitucionalidad<sup>30</sup>, hay que resaltar cómo dicho tratado ha dotado de visibilidad a las personas con discapacidad dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas y se ha convertido en una herramienta jurídica vinculante para garantizar los derechos de este colectivo. Deja claro que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos y que, por tanto, las personas con discapacidad no son *objeto* de políticas caritativas o asistenciales, sino *sujetos*

<sup>28</sup> La STC 45/1989 declaró inconstitucionales varios preceptos de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, entre otras razones, por no permitir la declaración separada de ingresos para los cónyuges. Conectando los arts. 39.1 y 32 CE, señaló que el principio de neutralidad impedía que los sujetos que formaran parte de una comunidad familiar contribuyeran más de lo que lo harían de no pertenecer a ella. Hasta entonces, el sistema obligaba a hacer una declaración única, aun cuando los ingresos de los contribuyentes no sobrepasasen por separado la cuantía para contribuir. En un interesante comentario a esta sentencia, Montoro Chiner puso de relieve que no se considerase el art. 39.1 CE como una «pura declaración neutral de principios» que el legislador pudiera ignorar, sino que no podía aislarse «ni del principio de igualdad (art. 14 CE) ni del derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32.1 CE)». De este modo, «el art. 39.1 CE y concordantes citados encierran una prohibición de discriminación, pero además, un mandato de protección y asegurar la protección de una institución no es solamente impedir perturbarla, sino proveerla positivamente». Véase M<sup>a</sup>. J. Montoro Chiner (1990), «Protección a la familia y fiscalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 28, págs. 223-235 (pág. 234).

<sup>29</sup> La STC 3/2018 estima el recurso de amparo interpuesto por el recurrente, a quien, con una discapacidad psíquica del 65% y una situación de dependencia de grado 1, se denegó, por motivo de su edad, su solicitud de ingreso en un programa de atención especializada en un centro de asistencia para personas discapacitadas. Al ser mayor de 60 años, se le concedió una plaza en una residencia de la tercera edad, sin posibilidad de recibir un tratamiento específico para su discapacidad.

<sup>30</sup> Cuenca Gómez (2012, pág. 14) indica que «los tratados de derechos humanos funcionan como parámetro indirecto en el juicio de constitucionalidad y de amparo». Y Rey Martínez (1989, pág. 3620) considera que los tratados a que alude el art. 10.2 CE «en la medida en que coadyuvan a la conformación del contenido del derecho fundamental integran el parámetro de constitucionalidad de las leyes».

de derechos. Por tanto, las desventajas sociales que sufren no deben eliminarse como consecuencia de la buena voluntad de otras personas o de los gobiernos, sino que deben eliminarse porque dichas desventajas impiden el goce y ejercicio de sus derechos. Correlativamente, la Convención ONU impone a los Estados parte la obligación de realizar las modificaciones legislativas necesarias en el ámbito nacional para implementar sus obligaciones legales derivadas de este nuevo instrumento internacional. Aspecto fundamental que conecta con el objeto de este trabajo.

Por último, y por lo que aquí interesa, la Convención actualiza la definición de «discapacidad» en dos sentidos: de un lado, asumiendo un modelo social de discapacidad, al entender la discapacidad como interacción con barreras debidas a la actitud y al entorno —de hecho, se incluye como forma de discriminación la denegación de ajustes razonables—, y, de otro, considerando que la definición no es cerrada, pues incluye a las personas mencionadas, pero sin excluir otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados.

## 2. ACCESIBILIDAD, DISEÑO UNIVERSAL Y AJUSTES RAZONABLES EN LA CONVENCIÓN

La accesibilidad constituye un *leitmotiv* en la Convención ONU, pues junto a su consideración como derecho de las personas con discapacidad y deber de los Estados en el art. 9 —de modo análogo a la igualdad y no discriminación (art. 5)—, también aparece como principio [art. 3.f)], sin olvidar que el preámbulo destaca la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y a la educación y a la información y las comunicaciones como vía para que las personas con discapacidad disfruten plenamente de sus derechos y libertades [ap. v)].

En el contexto de la discapacidad, la accesibilidad hace referencia al derecho de las personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo a relacionarse con el entorno con seguridad, comodidad y autonomía. Ahora bien, puesto que todos podemos vernos perjudicados por las características del entorno en un momento dado, el logro de entornos accesibles se convierte en una cuestión de interés general para todos los ciudadanos. Y al servicio de tal finalidad están el diseño universal de entornos, bienes y servicios y, en su defecto, los ajustes razonables.

La Convención regula la «accesibilidad» en su art. 9<sup>31</sup>, concretando su significado y considerándola como medio necesario para asegurar la independen-

<sup>31</sup> El art. 9 de la Convención ONU dispone lo siguiente:

«1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunica-

cia de las personas con discapacidad y su plena participación en la sociedad en condiciones de igualdad. Para ello es preciso interactuar con el entorno, tanto urbano como rural, y que los Estados adopten medidas para eliminar obstáculos de acceso.

En su apdo. 1, con carácter general, el art. 9 garantiza la accesibilidad, entre otros, en dos contextos distintos, pero necesariamente complementarios. De un lado, el referido a las barreras físicas, pues hace referencia a «edificios, vías públicas, transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo» [art. 9.1.b)]. De otro, el relativo a las barreras de comprensión —aunque no solo—, al mencionar los «servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia» [art. 9.1.b)]. Aunque el precepto menciona estos dos ámbitos, no cabe excluir la aplicación de medidas de accesibilidad a otros distintos.

---

ciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

- a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;
  - b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.
2. Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para:
    - a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;
    - b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad;
    - c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad;
    - d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión;
    - e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;
    - f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;
    - g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet;
    - h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo».

A su vez, el apdo. 2 recoge, sin ánimo exhaustivo, un elenco de concretas medidas a adoptar por los Estados en las instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público. Dichas medidas van desde la aprobación de normas mínimas sobre accesibilidad a la promoción del acceso a la información —incluidas las TIC, con especial atención a edades tempranas—, pasando por el control de las entidades privadas, la formación de las personas involucradas, la dotación de señalización en Braille y formatos de lectura fácil o el ofrecimiento de formas de asistencia humana o animal e intermediarios.

De modo paralelo al concepto de «accesibilidad», el «diseño universal» hace referencia al que presentan aquellos productos, entornos, programas y servicios para poder ser utilizados por todas las personas, en la medida de lo posible, sin adaptación ni especialización alguna, aunque no excluye ayudas técnicas para grupos concretos de personas con discapacidad si fuese necesario<sup>32</sup>.

Y un tercer concepto de gran interés es el de «ajustes razonables», que la Convención ONU define como aquellas:

[...] modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales<sup>33</sup>.

Como ya se ha indicado, la denegación de dichos ajustes se considera una forma de discriminación. A tal respecto, hay que precisar que los ajustes constituyen una vía subsidiaria de la accesibilidad universal. Esto es, solo cuando no sea posible garantizar esta se aplicarán aquellos. En este sentido, la Observación general núm. 2 (2014) sobre el art. 9: accesibilidad del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad resulta de gran interés, sobre todo al distinguir entre accesibilidad y ajustes razonables<sup>34</sup>.

Como indica el Comité, la «accesibilidad» constituye una condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir de modo independiente y participar plenamente en la sociedad en condiciones de igualdad con las demás. Se trata, pues, de una obligación *ex ante* que los Estados deben asumir antes de cualquier petición individual para entrar en un lugar o utilizar un servicio. De ahí que se refiera a grupos y se traduzca en la adopción de normas amplias y uniformes que garanticen el acceso al entorno físico, al transporte, a la información y comunicación y a los servicios. En cambio, los *ajustes razonables* se refieren a personas y constituyen una obligación *ex nunc*, que nace desde el momento en

<sup>32</sup> Art. 2 Convención ONU.

<sup>33</sup> *Idem*.

<sup>34</sup> Distinción sobre la que volverá el Comité en su Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva, especialmente en sus apdos. 29 y 30.

que la persona con discapacidad necesite una adaptación para disfrutar de su derecho en igualdad de condiciones en un contexto particular. Ello convierte los ajustes razonables en un modo de hacer *justicia individual* para garantizar la no discriminación<sup>35</sup>. Aunque no debe olvidarse que los ajustes razonables constituyen a la vez una garantía y un límite del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad<sup>36</sup>. Garantía, porque cuando no sea posible la plena accesibilidad de un entorno se podrá exigir la realización de ajustes razonables que aseguren o garanticen el goce y disfrute de los derechos en igualdad de condiciones. Límite, porque no existe obligación de realizar cualquier ajuste, sino solo aquellos que sean razonables por no implicar una carga excesiva o indebida o no ser desproporcionados<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Véase, especialmente, los párrs. 21, 22 y 23 de la *Observación general 2 (2014)* del Comité.

<sup>36</sup> Así lo indica L. C. Pérez Bueno (2012), «La configuración jurídica de los ajustes razonables», *Revista 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, CERMI, 55, págs. 159-184.

<sup>37</sup> Sobre accesibilidad y ajustes razonables, con específica referencia al derecho a la educación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), puede consultarse J. Morcillo Moreno y P. Meix Cereceda (2019), «Universidad y discapacidad: la educación inclusiva como principio en el sistema europeo de derechos humanos», en J. Cuesta Revilla (coord.), *Universidad y Justicia*, Civitas-Thomson Reuters, en prensa. Dicho trabajo analiza los pronunciamientos del citado tribunal en los casos *Çam* y *Enver Şahin contra Turquía*, de 2016 y 2018, respectivamente. En ellos, el TEDH declara la violación por parte del Estado turco del art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos —prohibición de discriminación—, en relación con el art. 2 de su Protocolo 1 —derecho a la educación—. Curiosamente, aunque los demandantes se habían centrado en la vulneración de su derecho a la educación ante la discriminación sufrida, el TEDH invierte el orden argumentativo para declarar, en primer término, un trato discriminatorio y, en consecuencia, entender vulnerado el derecho a la educación de los reclamantes. En ambos casos, el trato discriminatorio se deriva de la falta de ajustes razonables: en el caso *Çam*, ante la negativa a inscribir en un conservatorio a una estudiante invidente, a pesar de haber aprobado con éxito el examen de ingreso; en el caso *Enver Şahin*, ante la falta de adecuación de unas instalaciones universitarias para permitir a un estudiante con una discapacidad física sobrevenida continuar con sus estudios. En este último, el TEDH se centra en la valoración del concreto ajuste ofrecido al demandante, la asistencia de un acompañante para ayudarle en sus desplazamientos dentro del centro, para considerarlo no razonable al pasar por alto la necesidad de *Enver Şahin* de vivir, en la medida de lo posible, de modo independiente y autónomo. Con todo, frente a la unanimidad del asunto *Çam*, la decisión en el caso *Enver Şahin* se adoptó por seis votos contra uno: el del juez *Lemmens*. En su opinión, la cuestión debería haberse tratado primero desde la perspectiva del derecho a la educación (y no de la prohibición de discriminación) y, en concreto, del derecho al acceso a la educación, esto es, más como una cuestión de accesibilidad que de ajustes razonables.

### 3. EL MARCO NORMATIVO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA «DIRECTIVA DE ACCESIBILIDAD»

Uno de los problemas con los que se enfrenta el desarrollo de un marco normativo sobre la discapacidad es el de la homogeneidad. Aunque parece claro que deben respetarse unas directrices comunes, los Estados firmantes de la Convención ONU no están implementando los principios y derechos de la misma manera y con la misma intensidad. De hecho, ni siquiera dentro del mismo Estado se siguen pautas equivalentes. Por ello, es preciso que a escala nacional y europea los actores implicados reactiven los mecanismos de participación y cooperación administrativa para adoptar y ejecutar políticas que podrían mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, en general, y hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad, en particular.

En este contexto, hasta hace poco no existía un instrumento normativo que, con carácter general, armonizase la legislación de la Unión Europea con las disposiciones de la Convención en materia de accesibilidad y que, en consecuencia, marcase el rumbo a seguir por los Estados. No obstante, en septiembre de 2017 se retomó la tramitación de la directiva para regular los requisitos de accesibilidad de bienes y servicios a partir de un documento elaborado en 2015<sup>38</sup>. Finalmente, el 17 de abril de 2019 se aprobó la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios (en adelante, Directiva de Accesibilidad), publicada en el *DOUE* el 7 de junio de 2019. Dicha norma es la primera en regular de modo general las condiciones de accesibilidad de bienes y servicios en el ámbito de la Unión Europea y pretende, en pro del mercado interior, eliminar obstáculos a la libre circulación de ciertos bienes y servicios accesibles mediante la unificación de los requisitos de accesibilidad en los Estados miembros<sup>39</sup>.

La profusión de sus disposiciones ha conducido a ampliar el plazo de transposición de las legislaciones nacionales que, con carácter general, se fija el 28 de junio de 2022, para su aprobación y publicación, y el 28 de junio de 2025, para

<sup>38</sup> Véase la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros por lo que se refiere a los requisitos de accesibilidad de los productos y los servicios. COM/2015/0615 final-2015/0278 (COD) (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/DOC/?uri=CELEX:52015PC0615&from=EN>; consulta: 10/10/2019).

<sup>39</sup> El mismo día de la publicación de la Directiva en el *DOUE*, el CERMI apuntaba su decepción ante la falta de exigencia en materia de accesibilidad a bienes y servicios. Aludía también a un listado de servicios insuficientes, a unas excepciones injustificables para los servicios incluidos y a unos plazos de transposición muy largos que dejan a la «voluntad de cada país la decisión sobre cómo implantar las obligaciones legales de la directiva» (<https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/el-cermi-recibe-con-decepci%C3%B3n-la-directiva-de-accesibilidad-productos-y>; consulta: 10/10/2019).

su aplicación<sup>40</sup>, sin perjuicio de algunas medidas transitorias para productos y servicios introducidos antes de esa última fecha<sup>41</sup>. Uno de los aspectos más cuestionados ha sido la posibilidad de que los Estados decidan demorar las obligaciones específicas de accesibilidad de la respuesta a las comunicaciones de emergencia al número único europeo de emergencia «112» al 28 de junio de 2027<sup>42</sup>.

Con un enfoque transversal global, la versión final del documento incluye los requisitos comunes de accesibilidad para determinados productos y servicios clave que ayudarán a que personas con limitaciones funcionales, incluidas las personas con discapacidad, puedan percibir, utilizar y comprender dichos productos y servicios en condiciones de igualdad con otras personas. Además, regula las normas sobre la accesibilidad a espacios públicos y al entorno construido, así como a cualquier medio de transporte. Y la transversalidad del documento aporta un valor añadido, pues obligará a la revisión de otras normas europeas que contengan disposiciones relativas a la accesibilidad. Es lo que sucederá, por ejemplo, con la Directiva (UE) 2016/2102, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público<sup>43</sup>. En este sentido, la Directiva de Accesibilidad se aplicará no solo a los servicios (como sitios web o *apps*), sino también a los productos (como ordenadores, teléfonos inteligentes o cajeros automáticos) que plantean un mayor riesgo de regulación divergente en materia de accesibilidad<sup>44</sup>. Por esta razón, se consultó a las partes interesadas —ciudadanos, asociaciones y empresas— y a expertos sobre accesibilidad.

Y no solo eso. La Directiva de Accesibilidad se marca otro objetivo más ambicioso de índole económica: mejorar el funcionamiento del mercado interior europeo mediante la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de productos y servicios accesibles. Se pretende así facilitar que las empresas proporcionen productos y servicios accesibles a través de todos los países de la Unión,

<sup>40</sup> Art. 31, apdos. 1 y 2 de la Directiva de Accesibilidad.

<sup>41</sup> El art. 32 de la Directiva de Accesibilidad se refiere a estas medidas transitorias. En su apdo. 1, establece un plazo transitorio —hasta el 28 de junio de 2030— durante el cual los prestadores de servicios podrán seguir prestando sus servicios mediante los productos que venían utilizando legalmente antes del 28 de junio de 2025. Además, los contratos anteriores al 28 de junio de 2025 podrán continuar sin cambios hasta su expiración, sin superar el 28 de junio de 2030. En su apdo. 2, el citado precepto permite a los Estados admitir los terminales de autoservicio utilizados legalmente por los prestadores de servicios antes del 28 de junio de 2025 hasta el final de su vida útil desde el punto de vista económico, sin superar los veinte años tras su puesta en funcionamiento.

<sup>42</sup> Art. 31.3 con relación al 4.8, ambos de la Directiva de Accesibilidad.

<sup>43</sup> Norma que se ha transpuesto en España mediante el Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público.

<sup>44</sup> El texto enumera los productos y servicios que deben hacerse accesibles, pero sin imponer soluciones técnicas detalladas para permitir el planteamiento de opciones innovadoras.

eliminando las barreras de una legislación transfronteriza divergente y a menudo contradictoria. Junto a ello, se quiere estimular la innovación y el incremento de la oferta de tales productos y servicios, que los destinatarios podrán obtener a precios más competitivos. Destinatarios que no serán solo personas con discapacidad, sino también otras con limitaciones funcionales —como las personas mayores— o que temporalmente experimenten dificultades debidas a un accidente, enfermedad o entorno desfavorable. Todo ello podrá aumentar las oportunidades de movilidad, inclusión y participación activa en la sociedad, con un claro reflejo en la economía de la Unión y en otros sectores tan importantes como la educación o el empleo.

En suma, la aprobación de esta norma servirá para armonizar la legislación de la Unión con la Convención ONU, pero también para que los Estados acomoden su normativa sobre accesibilidad a unas pautas comunes; normativa que será desarrollada y ejecutada por los distintos niveles territoriales de cada país según el correspondiente reparto competencial.

#### 4. APUNTE SOBRE LA ACCESIBILIDAD EN ESPAÑA

Aclarado lo anterior, el necesario punto de partida en nuestro país es la Constitución, cuyo art. 14 reconoce la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer ningún tipo de discriminación. Dicha igualdad formal se completa con la material reconocida en el art. 9.2, que prescribe la intervención de los poderes públicos para que la igualdad de los individuos sea real y efectiva, y con la consideración de la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social, tal y como establece el art. 10.1. Dichos preceptos, por lo que a las personas con discapacidad se refiere, se completan con el art. 49, que encomienda específicamente a los poderes públicos una «política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración» para prestarles «la atención especializada que requieran y el amparo especial para el disfrute de sus derechos». Si bien este artículo constituyó en su momento un gran avance, al reconocer constitucionalmente al colectivo de las personas con discapacidad y reservarles un concreto ámbito de protección, en la actualidad se plantea su modificación de redacción y contenido<sup>45</sup>, si bien habría que apostar también por un cambio de ubicación con las

---

<sup>45</sup> El anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros el 7 de diciembre de 2018 actualiza el lenguaje del art. 49 (que se refiere a las «personas con discapacidad»), reforma su estructura y abandona la concepción médico-rehabilitadora para enfatizar la social, sin olvidar una referencia a las mujeres y niñas con discapacidad y a la activa participación de las organizaciones representativas en la fijación de las políticas públicas. Según el anteproyecto, así quedaría la redacción del art. 49 CE:

«1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.

importantísimas consecuencias que tendría su traslado a la sección 1ª del cap. II del tít. I CE.

Más allá de la Convención ONU y de la consideración de la accesibilidad como principio transversal a cualquier política pública sobre discapacidad, la norma de referencia en España se había aprobado apenas tres años antes. Nos referimos a la LIONDAU, que en 2003 ya había considerado la accesibilidad como presupuesto esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, conectándola con el art. 14 CE en la medida en que la falta de accesibilidad de los entornos, productos y servicios:

[...] constituye, sin duda, una forma sutil pero muy eficaz de discriminación, de discriminación indirecta en este caso, pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquellas que no lo son<sup>46</sup>.

De este modo, sin perjuicio de las competencias autonómicas y locales, dicha norma encomendaba al Gobierno español la regulación de unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en determinados ámbitos para garantizar a todos los ciudadanos con discapacidad unos mismos niveles de igualdad de oportunidades<sup>47</sup>. Esos ámbitos eran los cinco siguientes: relaciones con las Administraciones públicas —incluyendo las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en los procesos electorales y en la participación política— (DF 5ª), bienes y servicios a disposición del público (DF 6ª), nuevas tecnologías, sociedad de la información y medios de comunicación (DF 7ª), transporte (DF 8ª) y edificación y urbanismo (DF 9ª).

El Gobierno cumplió todos los mandatos<sup>48</sup>, salvo la aprobación del reglamento de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas

2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

3. Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

<sup>46</sup> Apdo. I de la exposición de motivos de la LIONDAU.

<sup>47</sup> Un interesante repaso de la normativa sobre accesibilidad en España puede consultarse en L.C. Pérez Bueno (2011), «Nuevo marco legislativo de la accesibilidad en España», en J. Hernández Galán (dir.), *Accesibilidad universal y diseño para todos. Arquitectura y urbanismo* (págs. 234-243), Madrid: Fundación ONCE y Fundación Arquitectura COAM.

<sup>48</sup> La DF 5ª se cumplió con el Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado y, en cuanto a los procesos elec-

con discapacidad a los bienes y servicios a disposición del público y que es justamente el que constituye el objeto de la STS 384/2019.

Seis meses antes de la sentencia, el Gobierno español había aprobado el reglamento sobre accesibilidad de sitios web y *apps* del sector público para transponer la Directiva (UE) 2016/2102, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público<sup>49</sup>.

### III. LA STS 384/2019, DE 20 DE MARZO<sup>50</sup>

La STS 384/2019, de 20 de marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, estima el recurso planteado por el CERMI frente al Gobierno español por inactividad al no haber aprobado el reglamento para regular las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad. En consecuencia, se ordena al Ejecutivo a cumplir la disposición final (DF) 3ª, punto 2, del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de los derechos de las personas

---

torales, primero con el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio y después con el Real Decreto 422/2011, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales; la DF 7ª se cumplió con el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social; por su parte, la DF 8ª se desarrolló mediante el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad; y, finalmente, la DF 9ª se cumplió a través del Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones.

<sup>49</sup> Se trata del Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público, que deroga en parte el Real Decreto 1494/2007, citado en nota anterior. Sobre esta norma y, en particular, sobre las implicaciones de la accesibilidad digital en las *smart cities*, puede consultarse mi trabajo —con M. Caporale— (2019), «Smart cities and disability: digital accessibility as a precondition», en J.-B. Auby, *Le future du droit administratif* (págs. 389-408), Paris: LexisNexis.

<sup>50</sup> Agradezco a Luis Cayo Pérez Bueno, presidente del CERMI, y a Óscar Moral Ortega, asesor jurídico de dicha entidad, su amabilidad y ayuda por facilitarme el acceso a ciertos documentos cuya consulta ha resultado de sumo interés para este comentario.

con discapacidad y de su inclusión social (RDLeg. 1/2013), que establecía un plazo de dos años para la aprobación de dicho reglamento, plazo que venció el 7 de diciembre de 2015.

Analicemos los aspectos más destacados de este pronunciamiento, repasando los argumentos de las partes y los principales razonamientos del Tribunal Supremo.

## 1. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

### 1.1. *El CERMI*

El CERMI centró su demanda, presentada el 3 de abril de 2018<sup>51</sup>, en la inactividad del Gobierno español por no haber aprobado la norma reglamentaria que regulase las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para acceder y utilizar los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad, tal y como le obligaba la DF 3<sup>a</sup>.2 del RDLeg. 1/2013. Por ello, su petición al Tribunal Supremo se circunscribió a la estimación del recurso con la consiguiente obligación del Gobierno español de elaborar, aprobar y promulgar dicha norma reglamentaria.

El CERMI comienza su relato fáctico de los hechos con un repaso de la evolución de la garantía normativa de los derechos de las personas con discapacidad. A tal fin, tras citar el art. 49 CE, comenta con detalle las principales normas que enmarcan la cuestión y determinan el momento a partir del cual se habría producido el incumplimiento por parte del Ejecutivo español:

- 1) En primer lugar, se refiere a la LIONDAU<sup>52</sup>, cuyo art. 10, titulado «Condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación», enunciaba los aspectos sobre los que el Gobierno español debía dictar tales condiciones para suprimir las desigualdades. Dicho precepto debía completarse con las DF 5<sup>a</sup> a 9<sup>a</sup> y, entre ellas, la DF 6<sup>a</sup> se refería específicamente a las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación «para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público». En consecuencia, el Gobierno debía aprobar, en el plazo de dos años desde su entrada en vigor, esto es, hasta el 4 de diciembre de 2005, un reglamento que desarrollara tales condiciones, que serían obligatorias según cierto calendario<sup>53</sup>. Plazo que incumplió.

<sup>51</sup> El recurso se había interpuesto el 3 de diciembre de 2017.

<sup>52</sup> La demanda menciona también la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, primera en regular la atención y los apoyos de las personas con discapacidad y sus familias, si bien de menor relevancia para el recurso planteado.

<sup>53</sup> Dicho calendario era el siguiente:

- En los bienes y servicios nuevos:
  - De titularidad pública: de 5 a 7 años desde el 4 de diciembre de 2005.

- 2) En segundo término, como consecuencia de la entrada en vigor en España de la Convención ONU y de la necesaria adaptación a la misma del ordenamiento español, la citada DF 6ª de la LIONDAU fue modificada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención ONU, que concedió al Gobierno un nuevo plazo de dos años para aprobar las aludidas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, estableciendo un nuevo calendario para la entrada en vigor de la obligatoriedad de dichas condiciones<sup>54</sup>.
- 3) Finalmente, la Ley 26/2011 autorizó al Gobierno español para dictar un texto que refundiese la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI), la propia LIONDAU y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Encargo que cumplió en plazo con la aprobación del RDLeg. 1/2013<sup>55</sup>. Dejando a un lado otros preceptos, importa resaltar el respectivo apdo. 2 de su DA 3ª y de su DF 3ª. Con relación a la DA 3ª, titulada «Exigibilidad de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación», su apdo. 2 recuperaba los plazos máximos de exigibilidad de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad<sup>56</sup>. Y el apdo. 2 de la DF 3ª encomendaba al Gobierno la aprobación de unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso

- 
- De titularidad privada concertados o suministrados por las Administraciones públicas: de 7 a 9 años desde el 4 de diciembre de 2005.
  - De titularidad privada: de 10 a 12 años desde el 4 de diciembre de 2005.
  - En los bienes y servicios ya existentes, susceptibles de ajustes razonables:
    - De titularidad pública: de 10 a 12 años desde el 4 de diciembre de 2005.
    - De titularidad privada concertados o suministrados por las Administraciones públicas: de 10 a 12 años desde el 4 de diciembre de 2005.
    - De titularidad privada: de 12 a 14 años desde el 4 de diciembre de 2005.

<sup>54</sup> Dicho calendario suponía la actualización del *dies a quo* de los plazos señalados en la nota anterior, que sería el 3 de agosto de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 26/2011.

<sup>55</sup> Antes del 31 de diciembre de 2013 decía la DF 2ª de la Ley 26/2011.

<sup>56</sup> Quedaban, por tanto, de esta manera:

- En los bienes y servicios nuevos:
  - De titularidad pública: desde la «entrada en vigor del real decreto que regule las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público».
  - De titularidad privada concertados o suministrados por las Administraciones públicas: igualmente, desde la entrada en vigor del referido real decreto.
  - De titularidad privada: desde el 4 de diciembre de 2015.
- En los bienes y servicios ya existentes, susceptibles de ajustes razonables:

y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad. Y, de nuevo, le daba para ello un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la ley, esto es, hasta el 4 de diciembre de 2015. Pues bien, este es el mandato legal incumplido por el Gobierno español, por más que se hubiera empezado a tramitar un proyecto de real decreto que, por motivos desconocidos, se paralizó en abril de 2014.

A partir de ahí, los hechos de la demanda del CERMI se centran en la inactividad del Gobierno. De este modo, tras relatar exhaustivamente cada paso seguido por el Ejecutivo desde mayo de 2009 hasta abril de 2014 para aprobar el reglamento en cuestión, se concluye que la tramitación de dicha norma se paralizó sin intención de continuarla. Prueba de ello, el Plan anual normativo 2018 del Gobierno de España, aprobado el 7 de diciembre de 2017, no hacía mención a dicho reglamento, por lo que no había propósito de cumplir el mandato derivado de la DF 3ª.2 del RDLeg. 1/2013<sup>57</sup>. Además, como prueba de su constante preocupación y actitud colaborativa con el Gobierno durante todo el proceso, el CERMI aportó noticias que, desde el 2012, estaban publicadas en la página del CERMI o que se podían consultar en los archivos de la agencia de noticias Servimedia.

Ya dentro de la fundamentación jurídica, varias normas sustentan el alegato del CERMI. En primer lugar, la Constitución, de cuyo art. 97 deriva para el gobierno un deber administrativo de dictar reglamentos ejecutivos, potestad reglamentaria que no es completamente discrecional, sino que deviene un deber cuando la efectividad y aplicabilidad de la ley dependan del reglamento en cuestión, más aún, si es la propia ley la que «expresamente encarga dicho desarrollo normativo»<sup>58</sup>. También cita los arts. 49 y 9.2 CE, para destacar la protección de las personas con discapacidad y la obligación de los poderes públicos de garantizarla. En segundo término, la demanda hace referencia a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), para recordar la superación del carácter revisor de dicha jurisdicción y admitir la inactividad —también la reglamentaria— como objeto de impugnación. En este punto se apoya en varios pronunciamientos del Tribunal Supremo para diferenciar entre el control judicial de la inactividad del gobierno al ejercer su potestad

- 
- De titularidad pública, existentes el 4 de diciembre de 2010: desde el 4 de diciembre de 2015.
  - De titularidad privada concertados o suministrados por las Administraciones públicas, existentes el 4 de diciembre de 2012: desde el 4 de diciembre de 2015.
  - De titularidad privada, existentes el 4 de diciembre de 2015: desde el 4 de diciembre de 2017.

<sup>57</sup> Véase hecho 14 de la demanda y apdo. 2 de las conclusiones presentadas ante el Tribunal Supremo.

<sup>58</sup> Véase FJ material 2º.1 de la demanda y FJ 2º *in fine* de la STS 384/2019.

reglamentaria y la extensión que deba tener dicho control, limitado únicamente a los elementos reglados de la potestad reglamentaria. En tercer lugar, se traen a colación tanto la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (arts. 22 a 28), como la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (art. 62.2), para reiterar el sometimiento de la inactividad del Gobierno a los tribunales al vulnerar la Constitución y las leyes indicadas. Por último, la demanda se detiene en la Convención ONU, destacando su valor interpretativo de los derechos humanos, y en el RDLeg. 1/2013, incidiendo en que la pasividad del Gobierno en la aprobación de las tan citadas condiciones básicas de accesibilidad «cercena las posibilidades de millones de personas con discapacidad en el acceso a los bienes y servicios a disposición del público»<sup>59</sup> como el resto de ciudadanos.

## 1.2. El abogado del Estado

Antes de contestar a la demanda, el abogado del Estado planteó una alegación previa instando la inadmisibilidad del recurso por no constar el agotamiento de la vía administrativa previa, esto es, que se hubiera formulado a la Administración un requerimiento previo para que cesara en su inactividad en los términos del art. 29.1 LJCA. De ahí que entendiera que el recurso se había planteado frente a una actividad administrativa no impugnabile [art. 69.c) LJCA<sup>60</sup>]. El art. 29.1 LJCA indica lo siguiente:

[...] Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, estos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

Ya en la contestación<sup>61</sup>, vinculado a este argumento el abogado del Estado alegó también la extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo [art. 69.e) LJCA<sup>62</sup>] al no poderse justificar su presentación en plazo, pues el *dies a quo*

<sup>59</sup> Véase FJ material 2º.2 *in fine* de la demanda.

<sup>60</sup> El art. 69.c) LJCA establece la inadmisibilidad del recurso si «tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación».

<sup>61</sup> De fecha 31 de agosto de 2018.

<sup>62</sup> Según el art. 69 LJCA, letra e), se declarará la inadmisibilidad del recurso si «se hubiera presentado el escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido».

del cómputo venía determinado por la fecha de la reclamación a la Administración, reclamación que nunca se hizo.

En cuanto al fondo, el abogado del Estado aportó cinco argumentos. En primer lugar, negó que la inacción alegada entrara dentro del ámbito de aplicación del art. 29.1 LJCA, pues dicho precepto parte de la existencia de «una disposición general que no precise de actos de aplicación», mientras que la DF 3ª.2 del RD-Leg. 1/2013 exigía como paso previo la aprobación de unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación. Por tanto, no se trataba de una disposición directamente aplicable.

En segundo término, resaltó el carácter singular del procedimiento de control de la inactividad del art. 29.1 LJCA, inadecuado para reclamar el cumplimiento por la Administración de obligaciones que requieren la tramitación de un procedimiento antes de su resolución. Y ahondando un poco más, señaló cómo la citada DF 3ª.2 se refería genéricamente a «las personas con discapacidad», sin que de dicha disposición resultaran «prestaciones concretas a favor de una o varias personas determinadas»<sup>63</sup>.

El tercero de los argumentos se centró en que no había ninguna inactividad consumada frente a la que alegar, pues la norma reclamada estaba pendiente de tramitación, sin que se hubiera archivado el procedimiento iniciado a tal respecto<sup>64</sup>. Más aún, el propio RD-Leg. 1/2013 habría contribuido a retrasar la tramitación de la norma reclamada al establecer un nuevo objetivo en su DF 3ª.2, concretamente, el plazo de dos años desde su entrada en vigor para que el Gobierno aprobara las referidas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación.

En cuarto lugar, el abogado del Estado abordó una interesante cuestión que conecta el carácter discrecional de la potestad reglamentaria con las relaciones entre ley y reglamento o, mejor, entre legislativo y ejecutivo. En este sentido, de la DF 3ª.2 del RD-Leg. 1/2013 no cabría desprender ninguna inactividad reglamentaria. Y es que, aunque fijase un plazo de dos años para el desarrollo reglamentario, tal plazo sería indicativo —a diferencia de la habilitación al gobierno

---

<sup>63</sup> STS 384/2019, FJ. 3º.

<sup>64</sup> Tanto en la demanda como en la contestación se detalla el *iter* procedimental seguido en la tramitación del proyecto de real decreto desde su inicio (25 de mayo de 2009, cuando se remitió al secretario general técnico del Ministerio de Sanidad y Política Social para su informe el proyecto de real decreto por el que se regulaban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público —con base en la DF 1ª LIONDAU—) hasta su paralización (11 de abril de 2014, fecha en que la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad remitió un oficio al Gabinete de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad para reiterar la solicitud de un nuevo texto del proyecto de real decreto). Incluso se hace referencia a la participación del CERMI y otras organizaciones pertenecientes a él en la tramitación de dicho documento a instancia de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en febrero de 2013.

para dictar disposiciones con rango de ley—, pues nunca el incumplimiento de los plazos previstos por las leyes para su desarrollo reglamentario constituye *per se* un supuesto ilegítimo de inactividad reglamentaria más allá «de la responsabilidad política que el Legislativo desee imponer al Ejecutivo»<sup>65</sup>. De ese modo, las disposiciones que dan al gobierno un plazo para desarrollar una ley «no son cláusulas de caducidad por lo que, una vez vencido, el Gobierno no pierde su competencia». Y añade:

[...] los Tribunales deben ser cuidadosos antes de terciar en el ámbito exquisitamente constitucional de las relaciones entre la Ley y su desarrollo reglamentario, para someter al control judicial el ejercicio de una potestad constitucional en la que un Gobierno parlamentario es constitucionalmente incoercible<sup>66</sup>.

Por último, el quinto argumento del abogado del Estado giró en torno al eje de las leyes de presupuestos generales del Estado. En este sentido, reseñó cómo la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado —aprobada poco después del RDLeg. 1/2013— impedía al Gobierno aumentar las retribuciones del personal al servicio del sector público respecto a las vigentes el 31 de diciembre de 2013 y prohibía a sus departamentos ministeriales cualquier actuación que supusiese aumento neto de los gastos de personal en ese año. Todo lo cual suponía «severas restricciones del gasto público que, lógicamente, incidían en el régimen de prestaciones económicas, servicios y beneficios que conlleva el desarrollo y ejecución del RDLeg. 1/2013». Y acababa este razonamiento señalando que:

[...][u]na Ley de Presupuestos ha de considerarse más que suficiente para ampliar o aplazar a momentos de bonanza económica un simple plazo de ejecución reglamentaria<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Véase FJ 5º del voto particular a la STS 553/2018, de 5 de abril, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (suscrito por los magistrados J. Rodríguez-Zapata Pérez y R. Toledano Cantero), estimatoria del recurso planteado frente al Gobierno por incumplir la obligación de desarrollo reglamentario establecida por la DF 10ª y concordantes de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

<sup>66</sup> FJ 8º *in fine* de la contestación a la demanda, que hace suyas las manifestaciones recogidas en el FJ 5º del voto particular indicado en la nota anterior. El abogado del Estado restó importancia a las sentencias del Tribunal Supremo citadas en la demanda para sustentar la inactividad formal reglamentaria por incumplimiento de una obligación expresamente prevista en una ley. A tal fin, arguyó que como tales sentencias eran de fecha anterior a la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (que modificó el recurso de casación), solo deberían vincular como jurisprudencia si los argumentos a considerar conformaban la *ratio decidendi*, pero no en caso de *obiter dicta*.

<sup>67</sup> STS 384/2019, FJ 3º.

Por todo lo anterior, el Gobierno no tendría plazo perentorio alguno para dictar el reglamento exigido.

## 2. FUNDAMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

### 2.1. *Sobre la inadmisibilidad del recurso*

Frente a la inadmisibilidad alegada por el abogado del Estado por falta de reclamación administrativa previa, el CERMI alegó la inconcreción de la causa de inadmisibilidad alegada —basada, recordemos, en el carácter inimpugnable de la actividad administrativa en cuestión<sup>68</sup>—, puesto que el objeto del recurso no era la realización de actos, sino la inacción del Gobierno español ante una obligación legal claramente incumplida. Además, el letrado del CERMI subrayó la activa participación de esta entidad en los infructuosos intentos de elaboración de la norma, habiendo hecho pública la dejación de funciones del Gobierno en esta cuestión. Así las cosas, ante el escaso desarrollo de la fundamentación en que la demandada basó la inadmisibilidad<sup>69</sup>, por Auto de 20 de junio de 2018 el Tribunal Supremo la rechazó en un primer momento, si bien dejó abierta la posibilidad de que se reiterase en el escrito de contestación.

Ya en la sentencia, el Tribunal Supremo reiteró su parecer, si bien por entender que la reclamación previa sí se había producido, ya que el CERMI había denunciado en varias ocasiones el incumplimiento y retraso en la aprobación del reglamento, a cuyo efecto había aportado a la demanda varios escritos en que «insta, exige o emplaza al Gobierno a aprobar en plazo, con urgencia, aquel Reglamento»<sup>70</sup>, escritos que en ningún momento fueron negados por la parte demandada.

El rechazo de esta primera causa de inadmisibilidad conllevó el de la segunda, relativa a la extemporaneidad.

### 2.2. *Sobre el fondo del asunto*

En cuanto al fondo del asunto, esto es, a los argumentos que condujeron a la estimación del recurso, tres son los asuntos en que se detiene el Tribunal, a saber: el valor del art. 49 CE, el mandato vinculante contenido en el RDLeg. 1/2013 y la constatada inactividad reglamentaria contraria a una obligación legal.

Respecto al art. 49 CE, ya vimos cómo la Convención ONU refuerza su valor normativo a través del art. 10.2 CE. En este sentido, el propio Tribunal

---

<sup>68</sup> Art. 69.c) LJCA.

<sup>69</sup> En su auto, el Tribunal Supremo indicaba que la demandada planteaba el debate «en un sucinto escrito de once líneas» (razonamiento jurídico 1º).

<sup>70</sup> STS 384/2019, FJ 4º1.

Supremo lo menciona en primer lugar como «obligado punto de partida» de su razonamiento<sup>71</sup>. Así, reitera su condición de mandato dirigido a los poderes públicos —derivado de su ubicación en el cap. III del tít. I CE— y su función informadora de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, por más que solo pueda ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que lo desarrollen —como indica el art. 53.3 CE—. Pero, aun cuando parece que el Tribunal no añade nada nuevo con relación a los arts. 49 y 53.3 CE, volverá a ellos para ultimar su argumentación jurídica.

Así pues, apuntado el necesario desarrollo legal para la invocación ante los jueces ordinarios de los principios rectores, el Tribunal Supremo entra a valorar, en segundo término, uno de los textos legales que desarrolla el art. 49 CE, esto es, el RDLeg. 1/2013 —sin olvidar una mención a la LIONDAU, auténtico motor en las políticas públicas sobre discapacidad— y, concretamente, el alcance del mandato legal dirigido al Gobierno en su DF 3<sup>a</sup>.2 con relación a la DA 3<sup>a</sup>.2<sup>72</sup>. A este respecto, la sentencia señala que los referidos artículos no recogían un «mero mandato dirigido al Gobierno para que aprobara entonces y ahora, sin más exigencias añadidas, un reglamento»<sup>73</sup>, sino que se trataba de un mandato que si ya era exigente en 2003, más aún lo era en 2013, no solo por el plazo de dos años dado al Gobierno para aprobar el reglamento y por el calendario de obligatoriedad de las condiciones básicas, sino también por el acortamiento de dicho calendario en la DA 3<sup>a</sup>.2. Según dicho ajuste, las condiciones serían obligatorias, bien desde la entrada en vigor del real decreto que las aprobase<sup>74</sup> —aún pendiente—, bien desde el 4 de diciembre de 2015<sup>75</sup>, bien, finalmente, desde el 4 de diciembre de 2017<sup>76</sup>. Plazos todos ellos agotados en el momento en que el CERMI decide plantear el recurso contencioso-administrativo que da origen a la sentencia. Y concluye este punto el Tribunal con una llamada de atención a los poderes públicos, reflejada en el preámbulo del RDLeg. 1/2013, cuando señala que existen diversos y numerosos obstáculos que privan a las personas con discapacidad del

<sup>71</sup> STS 384/2019, FJ 5<sup>o</sup>.A).

<sup>72</sup> Recordemos que la DF 3<sup>a</sup>.2 daba un plazo de dos años al Gobierno para aprobar unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, «según lo previsto en el art. 29 [...]». A su vez, el art. 29.4 se remitía a los plazos máximos de exigibilidad de las condiciones previstos en la DA 3<sup>a</sup>.2.

<sup>73</sup> STS 384/2019, FJ 5<sup>o</sup>.B).

<sup>74</sup> Para los bienes y servicios nuevos, tanto de titularidad pública como de titularidad privada concertados o suministrados por las Administraciones públicas.

<sup>75</sup> Para los bienes y servicios nuevos de titularidad privada y los bienes y servicios ya existentes, susceptibles de ajustes razonables, tanto de titularidad pública existentes el 4 de diciembre de 2010 como de titularidad privada concertados o suministrados por las Administraciones públicas existentes el 4 de diciembre de 2012.

<sup>76</sup> Para los bienes y servicios de titularidad privada, susceptibles de ajustes razonables, existentes el 4 de diciembre de 2015.

pleno ejercicio de sus derechos y que, en consecuencia, conducen a una situación de exclusión social «que debe ser inexcusablemente abordada por los poderes públicos»<sup>77</sup>.

El tercero de los argumentos de fondo que analiza el Tribunal trata en concreto de la inactividad reglamentaria y lo hace al hilo de tres sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, a saber: SSTS de 14 de diciembre de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:7543)<sup>78</sup>, de 14 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4368)<sup>79</sup> y 553/2018, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1519)<sup>80</sup>. De particular interés resulta la última de ellas, por ser la primera que trata un supuesto de inactividad reglamentaria *in totum* y, en consecuencia, condena al Gobierno a dictar *ex novo* un reglamento en un plazo máximo de seis meses<sup>81</sup>. Mismo caso, por tanto, que el que constituye el objeto de este trabajo. Pues bien, de la jurisprudencia traída a colación cabe extraer tres ideas. Primera: los tribunales pueden controlar la inactividad u omisión reglamentaria, siempre que ello suponga el incumplimiento de una efectiva obligación legal, pero no podrán sustituir dicha inactividad hasta el punto de dar un determinado contenido al reglamento omitido (art. 71.2 LJCA<sup>82</sup>). Segunda: los tribunales también pueden controlar la inactividad u omisión reglamentaria cuando el silencio del reglamento suponga la «implícita

<sup>77</sup> STS 384/2019, FJ. 5º.B) *in fine*.

<sup>78</sup> Recurso 194/1995, ponente don Rafael Fernández Montalvo.

<sup>79</sup> Recurso 758/2012, ponente doña María Isabel Perelló Doménech.

<sup>80</sup> Recurso 4267/2016, ponente don Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo. Un interesante comentario de esta sentencia y del posible control judicial de la inactividad reglamentaria puede consultarse en B. Marina Jalvo (2019), «Algunas precisiones sobre los presupuestos y el alcance del control judicial de la inactividad reglamentaria al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2018», *Revista de Administración Pública*, 208, págs. 239-263.

<sup>81</sup> Concretamente, se le condenó a aprobar el reglamento establecido por la DF 10ª y concordantes de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. Dicha obligación se ha materializado con la aprobación del Real Decreto 310/2019, de 26 de abril, por el que se regula el régimen retributivo del personal investigador funcionario de las escalas científicas de los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado y se crea la Comisión Evaluadora del Desempeño de la Actividad Científico-Tecnológica.

Hasta la STS 553/2018, solo se había ejercido el control judicial de la inactividad reglamentaria en supuestos de reglamentos que habían omitido concretas disposiciones impuestas por la ley desarrollada. B. Marina Jalvo (2019, pág. 260) cita algunos pronunciamientos en esta línea, mencionando la distinción entre «reglamento omitido» y «omisión reglamentaria».

<sup>82</sup> STS 384/2019, FJ 5º.C), que se remite al FJ 2º de la STS de 14 de diciembre de 1998. Según el art. 71.2 LJCA, «[l]os órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados».

creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico»<sup>83</sup>. Y tercera: la inactividad reglamentaria en que puede incurrir el Gobierno por incumplir un claro e incondicionado deber legal supone desviarse del sometimiento a la ley y al derecho al que está plenamente sometido *ex art.* 103.1 CE, sin que a ello obsten las previsiones de las leyes de presupuestos. Una ley de presupuestos no puede:

[...] sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, desconocerlo, procediendo a efectuar una aplicación distinta a la prevista en la norma cuya aplicación pretende<sup>84</sup>.

Por último, y como mencionamos líneas atrás, el Tribunal Supremo concluye su argumentación volviendo a los arts. 49 y 53.3 CE. Ahí es donde, en mi opinión, radica el auténtico valor de la sentencia, al entender que la constatada inactividad reglamentaria en que incurre el Gobierno estatal incumple un claro y exigente mandato legal que debe conectarse con los mandatos constitucionales de los arts. 49 y 53.3 CE. En otros términos: el mandato legal recogido en la DF 3ª.2 del RDLeg. 1/2013 no es sino el desarrollo legal —*ex art.* 53.3 CE— de un principio rector de la política social o, si queremos, de un mandato dirigido a los poderes públicos —art. 49—, en este caso, al Gobierno estatal para que garantice unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad. Y dicho mandato, pasado por el tamiz de los arts. 49 y 53.3 CE, obliga a «una mayor vinculación y un singular plus de exigencia so pena de conculcarlos»<sup>85</sup>. Se refuerza así el principio rector que ampara la protección de las personas con discapacidad.

Por todo ello, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estima el recurso del CERMI y declara la obligación del Gobierno de elaborar, aprobar y promulgar el reglamento para regular las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación a bienes y servicios públicos por las personas con discapacidad. Eso sí, no fija un plazo, como habría sido deseable<sup>86</sup>, para acometer tal empresa.

<sup>83</sup> STS 384/2019, FJ 5º.C), que se remite al FJ 7º de la STS de 14 de octubre de 2014.

<sup>84</sup> FJ 5º.C) de la STS 384/2019, que se remite al FJ 3º de la STS 553/2018. En otro caso, la ley de presupuestos podría provocar situaciones de inseguridad jurídica contrarias al art. 9.3 CE.

<sup>85</sup> STS 384/2019, FJ 5º.C) *in fine*.

<sup>86</sup> Recuérdese que la STS 553/2018 condenó al Gobierno a cumplir de modo inmediato la obligación de desarrollo reglamentario incumplida «fijando un plazo máximo de 6 meses». Esta posibilidad de fijar un plazo para cumplir la actuación omitida —admitida «abiertamente» por el Tribunal— es destacada por B. Marina Jalvo (2019, pág. 258), pues de lo contrario el control judicial de la inactividad «tutelaría solo parcialmente los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos».

#### IV. COROLARIO

La Convención ONU consideró la accesibilidad universal como *conditio sine qua non* del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, poco después de que lo hubiera hecho la LIONDAU en España. No en vano, esta última norma encargó al Gobierno español el desarrollo reglamentario de las condiciones básicas de accesibilidad en determinados ámbitos. Aunque el Ejecutivo cumplió en gran medida con lo encomendado, la adecuación del derecho español a la Convención ONU ralentizó la culminación del proceso y quedó sin aprobar el reglamento de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad a los bienes y servicios a disposición del público. Tras varias moratorias, el RDLeg. 1/2013 dio un ultimátum al Gobierno español para dictar tales condiciones básicas, como muy tarde, el 4 de diciembre de 2015.

Así las cosas, y aunque en 2009 —vigente la LIONDAU— había comenzado a tramitarse un real decreto a tal fin, la tramitación se paralizó en abril de 2014 sin que desde entonces se hubiera constatado ningún avance al respecto. Es más, el Plan anual normativo 2018 del Gobierno de España omitía cualquier referencia a dicho reglamento, por lo que el Ejecutivo español no tenía intención de cumplir el mandato del RDLeg. 1/2013. Mandato que se refuerza cuando se conecta con el art. 49 CE, auténtico parámetro de constitucionalidad en la actuación de los poderes públicos, encargados de garantizar la igualdad material del 9.2 CE.

Esta y otras razones justifican que la STS 384/2019 estime el recurso contencioso-administrativo planteado por el CERMI frente al Gobierno español por inactividad y le obligue a aprobar el reglamento para regular las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad.

Se constata así que, poco a poco, la discapacidad está ocupando un lugar en la agenda de los poderes públicos, que parecen prestar cierta atención a las políticas públicas inclusivas y, en particular, a la accesibilidad como plataforma de la garantía de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Colectivo que, frente a lo alegado por el abogado del Estado, no es un grupo social difuso, sino claramente identificado y que constituye el 9% de la población española, es decir, casi cuatro millones de personas<sup>87</sup>. Por todo ello, aunque —como señala Pérez Bueno— «la máxima aspiración de la agenda política de la discapacidad es que la discapacidad desaparezca de la agenda política»<sup>88</sup>, todavía no es posible. Aún falta mucho por recorrer, pero vamos por el buen camino.

<sup>87</sup> L.C. Pérez Bueno (2011, pág. 236).

<sup>88</sup> L.C. Pérez Bueno (2019), «Prólogo», en J. Morcillo Moreno (dir.), *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar. De la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de decisiones*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 13-16 (pág. 15).