

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO DE APELACIÓN N.º 216/2020**

**SENTENCIA NÚMERO 152/2020**

ILMOS./AS. SRES./AS.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS/AS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D.<sup>a</sup> TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO

En la Villa de Bilbao, a cuatro de junio de dos mil veinte.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos./as. Sres./as., antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2020 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 3 de Vitoria-Gasteiz en el recurso contencioso-administrativo número 1050/2017, en el que se impugna el Acuerdo de 28-07-2017 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Vitoria que desestimó el recurso de reposición dirigido contra los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y técnicas del expediente de contratación 2017CONOOR0049, aprobados por Acuerdo del mismo órgano de 9-06-2017, y anuncio de licitación publicado en el BOTHA de 16-06-2017.

Son parte:

- **APELANTE:** EGINAREN EGINEZ ASOCIACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD FÍSICA DE ALAVA, representada por la procuradora D.<sup>a</sup> LUCILA CANIVELL CHIRAPOZU y dirigida por la letrada D.<sup>a</sup> NÉLIDA GÓMEZ OBREGÓN.

- **APELADO:** EL AYUNTAMIENTO DE VITORIA, representado y dirigido por letrado/a de la ASESORÍA JURÍDICA DEL AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por EGINAREN EGINEZ ASOCIACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD FÍSICA DE ALAVA recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia.

**SEGUNDO.-** El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a la otra parte para que en el plazo de quince días pudiera formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

**TERCERO.-** Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 03 de junio de 2020, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

**CUARTO.-** Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El recurso de apelación se ha presentado contra la sentencia dictada el 12-12-2019 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Vitoria en el procedimiento ordinario 1050/ 2017, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Eginaren Eginez Asociación de personas con discapacidad física de Álava contra el Acuerdo de 28-07-2017 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Vitoria que desestimó el recurso de reposición dirigido contra los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y técnicas del expediente de contratación 2017CONOOR0049, aprobados por Acuerdo del mismo órgano de 9-06-2017, y anuncio de licitación publicado en el BOTHA de 16-06-2017.

La sentencia apelada considera que las obras que la recurrente estima necesarias en el edificio comprendido en el referido expediente de contratación para el cumplimiento de la Ley 20/ 1997 de 4 de diciembre para la promoción de la accesibilidad y Anejo III del Decreto 68/ 2000 de 11 de abril no tienen por objeto el mantenimiento de

las condiciones de habitabilidad y salubridad y, por lo tanto, no están permitidas en los edificios fuera de ordenación, cual es el caso, por el artículo 101.5 de la Ley 2/ 2006 del suelo y urbanismo.

Según la sentencia apelada, si la voluntad del legislador hubiera sido la de permitir en los edificios fuera de ordenación las obras de accesibilidad demandadas por la recurrente, conforme a la Ley 20/ 1997, lo hubiera previsto en la posterior Ley 2/ 2006 del suelo y urbanismo; no habiendo en esta tal previsión.

**SEGUNDO.-** El recurso de apelación se funda en los siguientes motivos:

1.- Error en la valoración de la prueba. Falta de motivación. Motivación irracional y contradictoria con el objeto del proyecto de obra: construcción de un ascensor y mejora de la accesibilidad del edificio para conseguir su adecuación en cuanto a la supresión de barreras arquitectónicas, garantizando la accesibilidad vertical a todas las plantas (folios 284, 288, 4 y 5 del expediente).

Se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial (artículos 24.1 de la CE y 218.2º de la LEC) y cita, entre otras, la STS de 26 de abril de 2004 (RJ 2004/ 3995).

2.- Infracción del artículo 101.5º en relación al artículo 35.2º, ambos de la Ley 2/ 2006 de suelo y urbanismo del País Vasco : las obras previstas en el proyecto (ascensor y cuartos húmedos) tienen por objeto dotar al edificio de las condiciones mínimas de habitabilidad, además de no comportar incremento de volumen o incumplimiento de los parámetros urbanísticos, sino constituir obras de conservación (artículo 15.1 b del TRLS de 2015).

3.- Sujeción de las obras -de accesibilidad al edificio- previstas en el proyecto a su normativa especial: Ley 20/ 1997 del País Vasco. Infracción de los artículos 4 y 15 de esa Ley.

4.- Infracción de la normativa técnica de accesibilidad:

- Aseo adaptado femenino : la instalación de mampara fija; la colocación del radiador, lavabo e inodoro no permiten el movimiento sin obstáculos (artículo 3.12 del Anejo II por remisión de los artículos 7.2 y 7.3 del Anejo III y artículo 3.1 del Anejo V del Decreto del GV 68/ 2000). Y la puerta de acceso al baño de mujeres no es accesible sino practicable, no habiendo no habiendo motivos técnicos o económicos que se opongan a la accesibilidad demandada por la recurrente, según los informe del perito de esa parte y de la designada judicialmente.

- Aseo adaptado masculino: la instalación de una mampara rígida impide la movilidad sin obstáculos (los mismos preceptos citados en el apartado anterior) y no

permitir la doble transferencia requerida en los inodoros de uso público (CTE, servicios higiénicos accesibles, y DB-SUA9).

Se alega respecto la viabilidad de las obras en los cuartos húmedos adaptados del ATERPE para cumplir las condiciones de accesibilidad exigidas por las normas que se acaban de citar, según la opinión de la perito judicial

Ascensor: no llega a la planta bajo cubierta del edificio. Uso futuro de esa planta. Viabilidad técnica y económica de la obra, sin vulneración de la normativa urbanística (incremento de volumen no prohibido en los edificios fuera de ordenación) a la que debe supeditarse el PERI del Casco medieval de Vitoria.

Se alega con carácter general la inaplicación de las excepciones previstas a las disposiciones del Anejo III del Decreto del GV 68/ 2000 sobre accesibilidad en las obras de reforma en edificios preexistentes, las mismas que en obras de nueva planta; esto es, cuando no puedan cumplirse tales disposiciones o criterios por razones estructurales, de orografía o forma o porque el coste de las obras sea económicamente desproporcionado ( artículo 3.1 del antedicho Decreto).

**TERCERO.-** La oposición al recurso de apelación se ha fundado en los siguientes motivos:

1.- El objeto del proyecto de obra: no solo la mejora de la accesibilidad del inmueble, sino la adecuación de las obras a las necesidades apreciadas por la Administración promotora en el edificio, dada su antigüedad y situación “en fuera de ordenación”, conforme a la Memoria del Proyecto (apartado 1.2) e informe del arquitecto municipal al recurso de reposición (documento 17 del expediente).

2.- El destino del centro de noche “Aterpe”: personas con riesgo de exclusión; no de personas con movilidad limitada (artículo 35 del Decreto cartera 185/ 2015).

3.- Obras destinadas a mantener el edificio en las mínimas condiciones de habitabilidad y salubridad, conforme al artículo 101.5 de la Ley 2/ 2006 de suelo y urbanismo del País Vasco, bien aplicada al caso por la sentencia apelada.

4.- Cumplimiento de la normativa técnica de accesibilidad en atención a la geometría y volúmenes del edificio, su estructura de madera y situación “fuera de ordenación “y la finalidad de ampliar los espacios disponibles para el servicio público asistencial. Aplicación de los criterios de practicabilidad como excepciones a las normas

sobre accesibilidad en los dos aseos de la planta 1ª, conforme al artículo 3.1 del Anejo 5 de la Ley 20/ 1997 del País vasco.

5.- La inviabilidad del desembarco del ascensor en la planta bajo cubierta por las razones normativas y técnicas expuestas por el Arquitecto municipal en su declaración judicial: prohibición del PERI del Casco Histórico de Vitoria; espacio no habitable; incumplimiento de las alturas libres mínimas; incremento de edificabilidad, etc.).

**CUARTO.-** La sentencia apelada sostiene que las obras de accesibilidad a un edificio fuera de ordenación no están permitidas por el artículo 101.5 de la Ley 2/ 2006 de urbanismo y el suelo del País Vasco por cuanto no están entre las expresamente mencionadas por ese precepto, a saber, las que se consideren necesarias para el mantenimiento del edificio en las mínimas condiciones de habitabilidad y salubridad y las dirigidas a evitar daños a terceros, y tal consideración no es que incurra en los defectos o errores de motivación alegados por la apelante en el primer motivo del recurso, sino en una interpretación equivocada del concepto de “obras dirigidas a mantener las condiciones de habitabilidad”, no solo contradictoria con el propio objeto del proyecto concernido por los Pliegos recurridos, según ha expuesto la apelante, sino disconforme con el sentido lógico y finalidad del artículo 101.5 de la Ley 2/ 2006 de la precitada Ley autonómica.

Y es que la categoría de obras de accesibilidad no es un categoría ad usum de la legislación urbanística y del suelo, sino de otras regulaciones como la de promoción de la movilidad (aquí, la Ley 20/ 1997 de 4 de diciembre), lo cual no excluye su relación con categorías o conceptos propios de aquella legislación como el de obras de conservación o mantenimiento de las condiciones de habitabilidad del edificio, en cuanto condición sine quan non de su utilización o aprovechamiento.

Desde luego, malamente puede sostenerse la habitabilidad de un edificio de nueva construcción o preexistente (en lo que hace al caso fuera de ordenación) si no dispone de los accesos exteriores e interiores necesarios para el uso u ocupación propio de su destino, y es por esa razón que, según el artículo 4.4 de la Ley vasca 20/ 1997 de la CAPV “Las obras de reforma, ampliación o modificación, conforme a la acepción conferida por la normativa urbanística de los edificios o locales de uso o servicio público existentes se ejecutarán ajustándose a los requerimientos funcionales y de dimensión que garanticen la accesibilidad en los términos establecidos por esta ley y sus normas de desarrollo....”.

Hay, evidentemente, una relación de funcionalidad entre las obras de accesibilidad a un edificio o partes del mismo y sus condiciones de habitabilidad, con lo cual el que el artículo 101.5º de la LSU del País Vasco no se refiera expresamente a las primeras, no obstante su regulación anterior en la Ley 20/ 1997, no excluye su aplicación a ellas, máxime si ponemos ese precepto en relación con el artículo 35.2º de la misma Ley, tal como ha argumentado la apelante, ya que según ese precepto las obras necesarias para garantizar la accesibilidad no implican el incumplimiento de los parámetros urbanísticos.

Y las obras previstas por el proyecto de referencia son, precisa aunque no exclusivamente obras para mejora de la accesibilidad del edificio, esto es, la construcción de un ascensor y mejoras en la accesibilidad del edificio para conseguir su adecuación “en cuanto a la supresión de barreras arquitectónicas, garantizando la accesibilidad vertical a todas las plantas”, según constatan la memoria y otros particulares del expediente de contratación señalados por la apelante; no en vano, el mismo Proyecto ya contemplaba un aseo para personas con movilidad reducida en la 2ª planta (ala Oeste Casa Abierta) y en su ejecución se han introducido modificaciones, concretamente, la instalación de aseos adaptados en la planta primera para mujeres y hombres de cuyas condiciones de accesibilidad para personas minusválidas o con limitaciones en la movilidad se trata en punto al cumplimiento de la normativa en esa materia.

Tampoco es que la sentencia apelada incurra en error en la valoración de las pruebas practicadas; ni tan siquiera hace una valoración de esas pruebas (periciales y testifical), aunque dice hacerla, sino un resumen de las declaraciones de los intervinientes en ese trámite.

La interpretación del concepto de obras necesarias para el mantenimiento de las condiciones de habitabilidad en edificios fuera de ordenación bien pudiera sustentarse en los elementos de conocimiento o juicios aportados por los peritos, pero tratándose de un concepto normativo no puede atender a las valoraciones o conclusiones de esos técnicos.

Dicho lo cual, hay que dilucidar si las obras en los cuartos húmedos (aseos adaptados) y ascensor se han ajustado a las normas técnicas invocadas por la recurrente en aras de la accesibilidad de las personas con movilidad limitada al edificio y a dichas instalaciones, teniendo en cuenta aquellas variaciones del proyecto (modificaciones de facto dice la apelante) introducidas en la ejecución que privan de objeto a las discrepancias de esa parte respecto a las previsiones del primero (nos referimos a los aseos de la planta primera).

Antes bien, el que la autoorganización de los servicios públicos que alberga el edificio en el que se han realizado las obras de que tratamos no comprenda su utilización por personas con movilidad reducida no es óbice a la aplicación, como también ha razonado la recurrente, de la normativa sobre acceso (universal) de tales personas y es que

tal aplicación no puede depender del uso actualmente previsto sino que ha de atender también a los usos (no decimos obras de modificación o ampliación) potenciales dado el carácter fijo de la edificación y sus instalaciones; al punto de que la licencia de obras ha de requerir el cumplimiento de las condiciones de accesibilidad establecidas por la Ley 20/ 1997, necesarias para el uso de la edificación conforme a sus usos previstos o previsibles.

**QUINTO.-** Nos referiremos por separado a cada una de las instalaciones que, según la apelante, no cumplen los requisitos establecidos por las normas técnicas de accesibilidad establecidas por el Decreto del Gobierno Vasco 68/ 2000:

A) Aseo adaptado femenino (1ª planta).

La puerta de entrada cumple la condición de practicabilidad (anchura de 80 cm.) no la de accesibilidad (90 cm.) fijada por la precitada normativa.

Según el informe, ya no solo del perito de parte, sino de la perito judicial se podría cumplir el antedicho requisito de accesibilidad mediante la instalación de una puerta corredera desplazando, si fuere necesario, un poco el radiador de la habitación.

Por lo tanto, no hay ninguna razón técnica de las previstas por el artículo 3.1 del Anejo V del Decreto 68/ 2000 que se oponga al cumplimiento estricto del mencionado requisito de accesibilidad.

En cambio, entendemos que hay elementos estructurales del edificio que se oponen al cumplimiento de la normativa técnica sobre accesibilidad respecto al espacio o círculo libre de obstáculos en los aseos, ya que la instalación del inodoro, lavabo y radiador no pueden alterarse, en particular los sanitarios, a fin de cumplir aquel requisito sin afectar a elementos estructurales de la edificación como el sentido del forjado, viguetas, conducciones, según ha constatado el Arquitecto municipal responsable de la obra, con lo cual y dado que, según el mismo técnico, el espacio de rotación en uno de los lados del inodoro supera los 80 cm. hay que dar por cumplido el requisito de practicabilidad requerido por la precitada normativa para el caso de concurrencia de la tal excepción.

Así, aun habiendo coincidencia de los dos peritos (el de parte y el designado judicialmente) en la viabilidad técnica de las obras necesarias para garantizar la accesibilidad en los aseos demandada por la apelante, o sea, las de desplazamiento del lavabo e inodoro no puede admitirse tal solución por

no ajustarse a elementos básicos o estructurales de la edificación que la perito judicial no pudo comprobar no obstante reconocer su relevancia a los efectos.

A distinta conclusión ha de llegarse respecto a la colocación de manparas en las duchas, en lugar de cortinas u otros elementos que no comporten obstáculos en el círculo de movimientos del usuario y es que a las razones de protección de la higiene, salubridad y seguridad opuestas por la apelada, han de anteponerse las de accesibilidad defendidas por la apelante, pues las primeras pueden ser atendidas mediante una impermeabilización del suelo del baño de suerte que no afecte a la estructura de madera del edificio, y medidas adicionales en aras de la limpieza y estabilidad.

B) Aseo adaptado masculino (1ª planta).

Sirva lo dicho en el apartado anterior respecto a la supresión de la mampara como solución debida en aras de la movilidad requerida por la norma, e inviabilidad a los mismos efectos de las obras de modificación de las instalaciones de los aparatos sanitarios.

C) Ascensor.

La obra de acceso de esa instalación a la planta bajo cubierta no se compadece con la configuración o delimitación de usos del edificio prevista por la Administración promotora de esa actuación; ámbito de libre decisión técnica, y no puramente prestacional aunque condicionante de este, que no puede ser revisado en este proceso, más allá de la legitimación de la Asociación recurrente.

Dicha delimitación no concierne a los requisitos de accesibilidad al edificio, sino a la propia configuración arquitectónica y, por lo tanto, urbanística de sus usos o aprovechamientos y, así, no previendo el proyecto de obra ni en el pliego de prescripciones técnicas la habilitación de la planta bajo cubierta para la prestación de los servicios públicos propios del edificio, no viene al caso el cumplimiento de la normativa sobre accesibilidad invocada por la apelante.

La accesibilidad al edificio en función del uso o habitabilidad de sus dependencias no tiene objeto cuando se pretende extender a superficies no susceptibles de utilización; en lo que al caso, ni habilitadas por el proyecto de obra u otro instrumento urbanístico adecuado a efectos de su uso ni habitable por no cumplir las condiciones señaladas por el Arquitecto municipal, entre ellas, la de alturas libres mínimas.



Y no definido en dichos instrumentos el uso de la planta bajo cubierta no puede apelarse a su eventual uso futuro ya que este requerirá la tal aprobación, si fuere viable y solo en ese caso el cumplimiento de la normativa de accesibilidad mal antepuesta por la apelante a la condición de (no) habitabilidad de dicha superficie.

En conclusión, hay que estimar parcialmente el recurso de apelación y anular con el mismo alcance los actos recurridos; no las actuaciones de la demandada que traigan causa de dichos actos, sin perjuicio de los efectos derivados de tal declaración (artículo 49.1 Ley 39/ 2015), so pena de incurrir en incongruencia con el objeto del recurso contencioso.

**SEXTO.-** No hay que hacer pronunciamiento de condena en costas; en ninguna de las dos instancias (artículo 139.1 y 2 de la Ley Jurisdiccional).

### FALLAMOS

Que estimando, parcialmente, el recurso de apelación presentado por la procuradora D.<sup>a</sup> Lucila Canivell Chirapozu, en nombre y representación de EGINAREN EGINEZ ASOCIACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD FÍSICA DE ALAVA, contra la sentencia dictada el 12-12-2019 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Vitoria en el procedimiento ordinario 1050/ 2017 y con revocación de esa sentencia, debemos estimar y estimamos, también parcialmente, el mencionado recurso contencioso, declarando la nulidad de los actos recurridos por incumplimiento de los requisitos de accesibilidad señalados en el fundamento quinto (puerta de acceso al aseo adaptado para mujeres en la primera planta del edificio y mamparas en los dos aseos de esa planta); condenando a la Administración demandada a ejecutar las obras necesarias para su cumplimiento; sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE n.º 162, de 6 de julio de 2016, asumidos por el Acuerdo de 3 de junio de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

El plazo indicado para preparar el recurso quedará **ampliado en otros TREINTA DÍAS hábiles más en el caso de que esta resolución se notifique en los**

**términos establecidos en el párrafo primero del apartado 2 del artículo 2 del Real Decreto-ley 16/2020**, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n.º 4697 0000 01 0216 20, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15.ª LOPJ).

De conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, los **plazos** establecidos en esta resolución se encuentran **suspendidos**, al no tratarse de un asunto urgente.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 4 de junio de 2020.