

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 748/2013

SENTENCIA NÚMERO 569/2014

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:

DON ÁNGEL RUIZ RUIZ

DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En Bilbao, a diecisiete de noviembre de dos mil catorce.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso registrado con el número 748/2013 y seguido por el procedimiento Ordinario, en el que se impugna el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Bilbao, recaído en sesión de 25 de septiembre de 2013, que aprobó definitivamente la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana, consistente en introducir en sus Normas Urbanísticas dos nuevos artículos 6.3.23.1 y 6.3.23.2, referentes a la implantación de centros de culto, junto con los correspondientes ajustes de los artículos 6.3.20 y 6.3.37, publicada en el Boletín Oficial de Bizkaia nº 198, de 15 de octubre de 2013.

Son partes en dicho recurso:

-Demandantes: Consejo Evangélico del País Vasco y Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, representados por la Procuradora D^a. Yolanda Echevarria Gabiña y dirigidos por las Letradas D^a. Carolina Bueno Calvo y D^a. Ruth Álvarez Muñoz-Caballero.

-Demandado: Ayuntamiento de Bilbao, representado y dirigido por Letrada de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Ángel Ruiz Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 13 de diciembre de 2013 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que la Procuradora D^a. Yolanda Echevarria Gabiña actuando en nombre y representación del Consejo Evangélico del País Vasco y Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Bilbao, recaído en sesión de 25 de septiembre de 2013, que aprobó definitivamente la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana, consistente en introducir en sus Normas Urbanísticas dos nuevos artículos 6.3.23.1 y 6.3.23.2, referentes a la implantación de centros de culto, junto con los correspondientes ajustes de los artículos 6.3.20 y 6.3.37, publicada en el Boletín Oficial de Bizkaia nº 198, de 15 de octubre de 2013; quedando registrado dicho recurso con el número 748/2013.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que, con estimación del presente recurso contencioso administrativo, se declare la disconformidad a derecho de la modificación puntual de la normativa urbanística recurrida y, consecuentemente, su plena nulidad.

TERCERO.- En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia confirmando la adecuación a derecho del acto impugnado, y con imposición de costas a la parte actora.

CUARTO.- Por Decreto de 14 de abril de 2014 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

QUINTO.- El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos.

SEXTO.- En los escritos de conclusiones, las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 04/11/14 se señaló el pasado día 11/11/14 para la votación y fallo del presente recurso.

OCTAVO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso; contenido de la modificación del PGOU y pretensiones de la demanda.

La Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España y el Consejo Evangélico del País Vasco recurren el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Bilbao, recaído en sesión de 25 de septiembre de 2013, que aprobó definitivamente la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana, consistente en introducir en sus Normas Urbanísticas dos nuevos artículos 6.3.23.1 y 6.3.23.2, referentes a la implantación de centros de culto, junto con los correspondientes ajustes de los artículos 6.3.20 y 6.3.37, publicada en el Boletín Oficial de Bizkaia nº 198, de 15 de octubre de 2013.

Antes de continuar, como hacíamos ya en el FJ 3º del Auto de 5 de febrero de 2014, recaída en la pieza de medidas cautelares del presente recurso, oportuno es trasladar, con carácter previo a los argumentos de la demanda y de la contestación, el contenido normativo aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Bilbao al modificar el PGOU:

<< Artículo 6.3.23.1.-Centros de culto: Concepto y regla general

1. Se entiende por centro de culto (Uso 3 Equipamiento, situación 4 religioso) el inmueble destinado de forma permanente a la práctica colectiva del culto religioso o a las reuniones formativas o de otro orden relacionadas con el mismo, en los términos y con las condiciones previstas en la legislación vigente.

2. Con independencia de lo previsto en la legislación urbanística vigente sobre reservas de suelo para equipamientos colectivos privados de carácter religioso, se autorizará la instalación de centros de culto en aquellos inmuebles cuyas ubicación y condiciones físicas se consideren urbanísticamente adecuadas para el correcto ejercicio de la actividad colectiva de carácter religioso, en función de los usos preexistentes.

3. Podrán promover la construcción o habilitación de centros de culto todas las confesiones y entidades religiosas inscritas en el Registro público previsto en la ley.

Artículo 6.3.23.2.-Centros de culto: Condiciones

1. En aplicación del artículo anterior, y con preferencia a lo previsto en la regulación general de cada Uso o en las Ordenanzas de cada zona, se permitirá implantar centro de culto, como uso complementario, en locales sitos en los edificios cuyo uso pormenorizado conforme al Plan General sea terciario (Uso 7, todas las situaciones), productivo (Uso 8, todas las situaciones) o equipamental, (Uso 3, todas las situaciones, sean o no lucrativos, salvo la 5, residencia comunitaria), o de servicios urbanos y administrativos (uso 4, en los términos del art. 6.3.27), así como en aquellos otros dedicados de hecho principalmente a cualquiera de dichos cuatro usos, en las condiciones previstas para cada caso en el Título V de aquél.

2. Podrán implantarse asimismo centros de culto ocupando edificios completos, tanto preexistentes como por construir, en los términos previstos en la ordenación pormenorizada que les sea aplicable.

3. A reserva de lo que en su momento establezca la normativa, la densidad de ocupación para calcular el aforo de la zona o zonas del centro dedicadas al culto, se fija en una persona por cada metro cuadrado útil.

4. En todo caso, los centros de culto deberán sujetarse a lo previsto en la normativa sobre protección del medio ambiente, a fin de evitar posibles molestias a terceros, así como en el Código Técnico de la Edificación, en todo lo referente a accesibilidad, protección contra incendios y demás extremos. Habrán de cumplir, asimismo, con las exigencias reglamentarias en materia higiénico-sanitaria.

5. Los centros de culto existentes con anterioridad a la entrada en vigor del presente artículo y que no cumplan con el mismo, quedarán sujetos al régimen de situación tolerada, conforme a lo dispuesto en los artículos 5.4.1 y 5.4.2.

6. Sin perjuicio de lo que en su día establezca la legislación al respecto, la regulación prevista en los apartados anteriores tiene carácter temporal, hasta la aprobación, si se considera oportuna, de la Ordenanza Local correspondiente.

Artículo 6.3.20.-Alcance del uso de equipamiento

1. En el plano de usos se especifican los suelos que el Plan destina a tal fin, sin perjuicio de su consideración como Sistema General o Local. Dicha especificación tiene un valor vinculante únicamente en el equipamiento docente y deportivo, de forma que estos usos no pueden ser alterados, salvo en el supuesto contemplado en el apartado 4 del artículo 6.3.64 para aparcamiento de residentes, así como en los casos expresamente determinados en la documentación gráfica, y destinados a Centro Municipal de Distrito y uso deportivo. Igualmente se permitirá en ambos, como uso complementario, el equipamiento religioso (situación 4, art. 6.3.23.2). El resto de los usos de Equipamiento tienen un carácter abierto de manera que, si las condiciones urbanísticas en el momento de materializar la instalación del uso establecido aconsejaren su alteración, no será considerado modificación del Plan General, si se mantiene el uso dentro de los regulados como principales o permitidos en el artículo 6.3.19, pudiendo incluso combinarse en el mismo edificio más de uno de estos usos.

2.

Artículo 6.3.37, apartado 3.-Usos complementarios en vivienda colectiva

a) En planta primera

Equipamiento (Uso 3), en todas las situaciones excepto la 11 y la 12, y lo previsto en el artículo 6.3.23.2, apartado 1.

.....

a) En planta primera de los edificios existentes

Equipamiento (Uso 3), en todas las situaciones excepto y lo previsto en el artículo 6.3.23.2, apartado 1.

.....

b) En planta altas

Equipamiento (Uso 3), en todas las situaciones excepto y lo previsto en el artículo 6.3.23.2, apartado 1, siempre que

.....

c) En planta baja

Equipamiento (Uso 3), en todas las situaciones y lo previsto en el artículo 6.3.23.2, apartado 1, siempre que >>.

Con la demanda se interesa de la Sala que dicte sentencia estimatoria del recurso para declarar la disconformidad a derecho de la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao y por ello su plena nulidad.

SEGUNDO.- La demanda.

Partiendo del tenor de la modificación, a ella nos hemos referido, se remite al expediente, para pasar a exponer los distintos argumentos en los que se soporta la pretensión de nulidad radical de la modificación del Plan General.

Incorpora lo que podemos considerar siete motivos, alguno de ellos, como vamos a ver, con distintos apartados.

1.- El primero razona sobre la libertad religiosa como derecho fundamental afectado por la modificación del Plan General.

Enlaza con el art. 16.1 de la Constitución y con el art. 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, donde se recoge su contenido esencial, remarcando la precisión recogida en su punto 2 en cuanto al derecho a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos para enlazar con las pautas derivadas de la aplicación e interpretación de los derechos fundamentales estando al art. 10.2 de remisión a los textos internacionales, enlazando con el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el art. 9 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, con su art. 10, para refundir que todos ellos incorporan, en la libertad religiosa, el derecho a la apertura de lugares de culto como medio imprescindible para ejercerla.

De todo ello se hacen consideraciones sobre la conexión entre el derecho a la libertad religiosa y el urbanismo, porque el ejercicio real del derecho fundamental de libertad religiosa está condicionado por la regulación que exista del uso del suelo y por las decisiones públicas en relación con el mismo, ello para acabar precisando que la distinción entre limitación lícita y vulneración ilegal del derecho a la libertad religiosa es crucial, anticipando que es lo que se discute en la presente litis.

2.- En segundo lugar, defiende que la modificación del Plan General supone una clara y contundente limitación del derecho de libertad religiosa.

En relación con ello se retoman precisiones del contenido del expediente, para remitirse a lo que se califica de opinión técnica sobre la modificación del Plan General que se aporta como documento número 4, el informe pericial sobre la condiciones de uso religioso en el PGOU de Bilbao del arquitecto don Raúl Vela Aguilera de fecha febrero de 2014, para remitirse a la conclusión trasladada en el punto 2.3, que desde el punto de vista urbanístico la medida restringe la posibilidad de implantación, hasta el punto que puede llegar a imposibilitarla y que aunque a nivel teórico el Plan General salvaguarda la hipotética posibilidad de uso religioso a un determinado número de usos, a efectos prácticos la posibilidad de implantación no queda meramente reducida, sino seriamente

dificultada al tener reducida la oferta, con la consiguiente repercusión económica, con la conclusión real de que el uso religioso tendrá que situarse en situaciones periféricas desatendiendo los principios de sostenibilidad, integración y cohesión social.

Con ello la demanda recalca:

(i) Que se ha producido la casi imposibilidad de abrir un centro de culto en el núcleo urbano de Bilbao, acreditando tal afirmación con datos objetivos, al señalar que así sería porque los datos demuestran que se ha reducido inicialmente en un 88% el número de edificios en Bilbao en los que pueden implantarse los lugares de culto.

(ii) Que la mayoría de las parcelas señaladas por el plano que facilitó el Ayuntamiento están siendo ya utilizadas para otros usos y no se puede implantar en ellas un lugar de culto, así como que las posibilidades reales de establecer un centro de culto se reducen a menos del 1% de los edificios de Bilbao, respecto a los existentes antes de la modificación del Plan General.

(iii) Que existe un área central en Bilbao con un uso mayoritariamente residencial que imposibilita el establecimiento de lugares de culto además de que incluso en los barrios colindantes también existe un uso residencial mayoritario.

Ámbito en el que además señala que los centros de culto preexistentes quedan como uso tolerado, por lo que se encuentran en situación de inseguridad jurídica e indefinición, pudiendo ser cerrados en cualquier momento por el Ayuntamiento.

La demanda incorpora consideraciones sobre lo que significa el uso tolerado para señalar que aunque las comunidades religiosas quedaran protegidas por la situación de tolerados en el momento en el que alguna de ellas creciera su membresía tendría que buscar un nuevo local en el que ubicarse suponiendo enfrentarse a la dificultad de no poder encontrar un lugar en el mismo barrio teniendo que trasladarse lejos del área central con las repercusiones que ello tendría para los feligreses.

3.- En el tercer argumento la demanda defiende que la modificación del Plan General, en relación con los centros de culto, vulnera el derecho fundamental a la libertad religiosa, con cita del art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 16 de la Constitución.

Al desarrollar el argumento también hace cita del art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y alude a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de junio de 2004, en el asunto *Vergos c. Grecia*, conclusiones de la sentencia que se habían reiterado en los casos *Mirolubovs et al. c. Letonia*, en sentencia de 15 de septiembre de 2009, y en relación con la *Asociación de Testigos de Jehová c. Francia*, en sentencia de 30 de junio de 2011, remitiéndose a los párrafos, respectivamente, 90 y 63, así como las sentencias en relación con el velo integral, en los asuntos *Leyla Sahin c. Turquía*, de 29 de junio de 2004, y *Kervanci c. Francia*, de 4 de diciembre de 2008 donde se analizan las exigencias fijadas por el art. 9 del Convenio para establecer restricciones al ejercicio de la libertad religiosa.

Por ello defiende que el control sobre las decisiones urbanísticas que afectan a la libertad religiosa que se ha hecho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es relevante, al enmarcar las pautas de cómo debe resolverse la presente litis para recoger que el Ayuntamiento de Bilbao incumplió las exigencias derivadas de dicha jurisprudencia: (1) que las restricciones impuestas están previstas en la ley; (2) que las restricciones persigan una finalidad legítima, que se concrete en la protección del orden público y de derechos y libertades de los demás y (3) que las restricciones impuestas sean necesarias en una sociedad democrática.

Remarca que aquí la normativa aprobada vulnera el derecho a la libertad religiosa al limitar drásticamente la posibilidad de abrir lugares de culto mediante una norma reglamentaria de rango inferior a la ley y por tener como objeto encubierto uno discriminatorio y no perseguir una finalidad legítima y al no haber dado justificación de la medida adoptada y menos haberla fundamentado en la protección del orden público y los derechos y libertades fundamentales de los demás para señalar que además la medida no es necesaria para garantizar la convivencia social y democracia.

4.- En cuarto lugar, defiende que la restricción de la libertad religiosa se hace mediante norma reglamentaria con vulneración del principio de reserva de ley, cita del art. 53 de la Constitución y por ello con incompetencia del Ayuntamiento para regular por razón de la materia.

Lo enlaza con los argumentos ya expuestos, remarcando que la normativa municipal, que tenga por objeto disponer de los lugares autorizados y prohibidos para la apertura de lugares de culto, afecta directamente al contenido esencial del derecho fundamental, haciendo cita de las SSTC 292/2000, FJ 11º, y 83/1984, FJ 4º, para defender que sólo por ley se pueden fijar límites a los derechos fundamentales.

También trae a colación lo que se razonó en la STS de 14 de febrero de 2013 [- es la de la Sección 7ª recaída en el recurso de casación nº 4118 / 2011 -] donde, se dice, se cuestionó la capacidad de las Ordenanzas municipales para limitar la libertad religiosa, trasladando lo que razonó en su FJ 7º, así:

<< [...]La pretendida atribución a los Ayuntamientos de competencia para regular aspectos accesorios de los derechos fundamentales resulta contraria a lo dispuesto en el art. 53 CE, que dispone que "sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regular el ejercicio de tales derechos y libertades..." . El hecho de que el referido precepto constitucional diga que "en todo caso deberá respetar su contenido esencial" , no implica, como la expresión de la sentencia que analizamos pudiera sugerir, (y de ahí la conveniencia de su aclaración), que sea el contenido esencial del derecho fundamental lo exclusivamente reservado a la regulación de la ley, de modo que en lo que no sea contenido esencial pueda quedar abierto un espacio de regulación a otros poderes públicos distintos del legislador y por medio de otros vehículos normativos diferentes de la ley. Por el contrario, según el referido precepto

constitucional, todo el ejercicio del derecho fundamental está reservado a la Ley, y no puede por ello ser objeto directo de regulación por una Ordenanza municipal. De ahí la transcendencia que en este caso tiene el problema de la existencia o inexistencia de ley previa que permita establecer el límite al ejercicio del derecho fundamental de la libertad religiosa que la prohibición cuestionada establece.

Caso diferente es que la regulación de materias propias de los títulos competenciales, que constitucional y legalmente corresponden a los entes locales, pueda incidir (que no directamente regular) en aspectos accesorios del derecho fundamental; pero esa incidencia vendrá condicionada en su licitud a que el límite al ejercicio del derecho fundamental, que, en su caso, pueda suponer, cumpla con las exigencias constitucionales para poder limitar el ejercicio del derecho fundamental.

[...]

Pero de ahí no puede extraerse la consecuencia de que el Ayuntamiento, pese a la inexistencia de Ley, pueda por sí mismo establecer limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental en los espacios municipales, siendo ahí donde deben entrar en juego el análisis del derecho de libertad religiosa (art. 16 CE) y el de los límites de su ejercicio. En definitiva, el paso desde un principio de vinculación positiva de las Ordenanzas municipales a la Ley, (superado hoy por las razones antes expuestas), a un principio de vinculación negativa, no autoriza a prescindir del hecho de que tal vinculación negativa existe, vinculación que comienza por la Constitución (art. 9.1 y 53.1 CE); y ello sentado, si la Constitución exige para poder limitar el ejercicio de un derecho fundamental (como lo es el de libertad religiosa, del art. 16 CE) la existencia de una ley (art. 53.1 inciso segundo), no se atiene a ese principio de vinculación negativa una Ordenanza que directamente prescinde de la exigencia del art. 53 CE, arrojándose la potestad de regular lo que la Constitución reserva a la Ley.

[...]

En todo caso, por muy amplia que sea la potestad de los Ayuntamientos para la regulación de infracciones y sanciones, no puede olvidarse que el art. 139 LBRL se refiere a "las relaciones de convivencia de interés local " [subrayado nuestro], lo que de por sí obliga a suscitar la cuestión de si la limitación de un derecho fundamental, que por definición constitucional corresponde a todos los ciudadanos de la nación, puede considerarse como concerniente al interés local, para así poder atribuir a los gestores democráticos de ese interés la posibilidad de emanar regulaciones, que, al circunscribirse al ámbito espacial del ente, no resultan coextensas con el ámbito propio del derecho, de modo que el derecho resulte limitado en una parte del territorio nacional y no en otras. [...] >>.

Este argumento se refunde, en lo que interesa, al señalar que los Planes Generales de Ordenación Urbana, por su carácter de normativa reglamentaria, tienen vedado entrar a regular el derecho a la libertad religiosa, reservada al legislador por el art. 52.1 de la Constitución, para señalar que el propio Ayuntamiento ya en el expediente había reconocido expresamente que hubiera sido preferible que la materia de la apertura de centros de culto estuviera regulada en una norma con rango de ley pero que ante la ausencia de ésta, la normativa urbanística podía suplir la laguna normativa e incluso llegando a señalar que los contenidos de la disposición aprobada podrían tener carácter concurrente con una futura norma con rango de ley pudiendo ser en tal caso desplazada por ello.

Por ello, concluye señalando que estamos ante un supuesto de regulación municipal nula de pleno derecho por aplicación del art. 62.2 de la Ley 30/92 por haber decidido una materia reservada a la ley.

5.- Con el quinto argumento la demanda razona sobre la restricción impuesta que no persigue una finalidad legítima no estando basada en la protección del orden público y con infracción del principio de jerarquía normativa citando el art. 51.2 de la Ley 30/92, ello así mismo enlazando nuevamente con los argumentos que hemos ido exponiendo y con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Trae a colación la STC 46/2001, lo que se razonó en su FJ 11º, así:

<< [...] es necesario subrayar, desde la perspectiva constitucional que nos es propia, que cuando el art. 16.1. CE garantiza las libertades ideológica, religiosa y de culto «sin más limitación, en sus manifestaciones, que el orden público protegido por la ley», está significando con su sola redacción, no sólo la trascendencia de aquellos derechos de libertad como pieza fundamental de todo orden de convivencia democrática (art. 1.1 CE), sino también el carácter excepcional del orden público como único límite al ejercicio de los mismos, lo que, jurídicamente, se traduce en la imposibilidad de ser aplicado por los poderes públicos como una cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y sus hipotéticas consecuencias.

El ejercicio de la libertad religiosa y de culto, como declara el art. 3.1 de la LO 7/1980, en absoluta sintonía con el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, «tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática». Ahora bien, en cuanto «único límite» al ejercicio del derecho, el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el

reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para «la seguridad, la salud y la moralidad pública», tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto >>>.

Ello lo pone en relación con el concepto de orden público y el carácter preventivo de la regulación.

Para la demanda el Tribunal Constitucional había prohibido de forma expresa el uso de límite de orden público con carácter preventivo, debiendo ser demostrado por la Administración que causa perjuicio o la lesión de la seguridad, la salud o la moralidad pública.

Añade que como el Ayuntamiento invocó la convivencia social y la protección de la integridad física como medidas preventivas para limitar el derecho fundamental [-respondiendo, una vez mas a los alegatos que en la pieza de medidas cautelares trasladó la Administración -] la demanda analiza cada uno de esos apartados.

(1) Por un lado, en cuanto a la apelación a la convivencia social, se dice que ni tan siquiera existe en el expediente administrativo un sólo escrito, resolución o sentencia judicial donde acredite la existencia cierta de ruidos o alteraciones en la convivencia social que hayan puesto en peligro la seguridad, la salud o la moralidad pública, para concluir señalando que no puede quedar comprendida, en el concepto de orden público, la genérica apelación a la preservación de la convivencia social y la tranquilidad vecinal, máxime cuando se esgrimen los argumentos con carácter preventivo.

(2) En segundo lugar, en cuando a la apelación a la protección de la integridad física, se dice que tampoco queda comprendido en el concepto de orden público la protección de la integridad física y moral de las personas en los términos que se plantean como se señala por la Letrada de la Administración y por ello como se hace en distintos pasajes en respuesta a los alegatos que se incorporaron en la contestación a la solicitud de medidas cautelares para, en concreto, en relación con la sentencia que se trasladó en relación con el ruido recalcar que en ningún caso el ruido ambiental puede constituirse en un título que dé cobertura a la limitación preventiva del derecho a la libertad religiosa y de culto con remisión a la propia doctrina constitucional, en concreto, se está refiriendo a la STC 119/2001 que se trasladó por la Administración en la pieza de medidas cautelares.

La demanda sigue respondiendo a los alegatos que en la pieza de medidas cautelares trasladó la Administración y los precedentes judiciales referidos, incidiendo en el ámbito del ruido, para rechazar que sea el soporte de la decisión aquí recurrida.

En este ámbito trae a colación nuevamente la STS de 14 de febrero de 2013 [- ya referida, recaída en el recurso de casación nº 4118 / 2011 -], lo que razonó en su FJ 10º, donde se recogió que entre los elementos del orden público a proteger por la ley se encuentra el derecho a la libertad religiosa, así:

<< [...] La competencia del Ayuntamiento para regular sus servicios y la convivencia en el ámbito del Municipio: incontestable, (y es ahí donde entran en juego como normas habilitantes las de LBRL --Art. 4.1.f, 25 y 25- y de la Carta Europea de la Autonomía local --art. 4.2-, citadas en sentencia), no puede suponer que, al ejercitar las competencias que dichas normas le confieren, pueda hacerlo prescindiendo de los límites constitucionales que le impone el respeto del derecho fundamental de libertad religiosa, proclamado en el art. 16.1 CE.

[...]

No puede olvidarse que entre los elementos del orden público protegidos por la ley, en el que se integran los derechos y libertades fundamentales que la Constitución consagra, uno de ellos es, precisamente, el de libertad religiosa >>.

Este motivo lo refunde y concluye la demanda señalando que estamos ante una modificación del Plan General aprobada con carácter preventivo, en evitación de hipotéticas y futuras molestias a los residentes de los edificios, lo que se añade que una vez está acreditada la importancia de la restricción de los inmuebles donde se pueden implantar o habilitar centros de culto por aplicación de la normativa y constituye por naturaleza y alcance verdaderas limitaciones del derecho fundamental a la libertad de culto, se concluye que no resultan amparadas en el concepto de orden público del art. 16.1 de la Constitución, concepto que desarrolló el art. 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa.

Por ello ratifica la nulidad de la modificación recurrida con remisión a los principios de jerarquía normativa del art. 51.2 de la Ley 30/92 enlazando con las conclusiones de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la regulación constitucional y expresa cita de los arts. 62.1 a) y 62.2 de la Ley 30/92.

6.- El sexto de los motivos incide en la vulneración del juicio de necesidad, con remisión al principio de favor libertatis y la necesidad de protección del interés general aludiendo a los principios de proporcionalidad, igualdad, cohesión social y seguridad jurídica.

Con remisión a los argumentos previos, incluso a precedentes ya referidos, a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Vergos c. Grecia, va a señalar que en este caso el Ayuntamiento ha infringido las técnicas establecidas por la normativa y los Tribunales sobre la potestad de ordenación urbanística municipal achacando arbitrariedad y discriminación con cita de los arts. 9.2, 3 y 14 de la Constitución.

Razona sobre la discrecionalidad y las pautas de la jurisprudencia, para recoger la regulación recogida en el art. 39 bis de la Ley 30/92, en relación con los principios de intervención de las administraciones públicas para el desarrollo de una actividad, para retomar el contenido de su punto 1, según el cual:

<< Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias >>.

También añade que en el ámbito urbanístico la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido un amplio margen de discrecionalidad en la apreciación municipal para la toma de decisiones, discrecionalidad que no impide a los Tribunales su control, enlazando con las precisiones del art. 4.2 de la Ley del Suelo y Urbanismo del País Vasco.

Tras ello:

(1) Insiste en la vulneración del principio favor libertatis, señalando que ante los problemas existentes el Ayuntamiento ha optado por la medida más restrictiva, como es la prohibición de apertura de nuevos centros de culto en los bajos de viviendas y residencias colectivas, además de aplicar el régimen tolerado para los centros de culto preexistentes que contravengan la normativa, por lo que se expulsa a las confesiones religiosas de la vida dinámica de la ciudad, insistiendo en que se infringe el principio *favor libertatis*.

(2) En segundo lugar razona sobre la vulneración del principio de necesidad para protección del interés público, que exige justificación objetiva de forma expresa de la necesidad de la medida adoptada para protección del interés público.

(3) En tercer lugar, reiteran precisiones sobre la vulneración del principio de proporcionalidad, apoyándose en lo razonado en la STS de 28 de abril de 2000 [- es la de la Sección 5ª, recaída en el recurso nº 369/1995 -], retomada en posteriores sentencias de 14 de julio de 2000, de 15 de enero de 2002 y de 2 de octubre de 2002, cuando razonó en su FJ 3º como sigue:

<< El principio de proporcionalidad expresa, en general, la necesidad de una adecuación o armonía entre el fin de interés público que se persiga y los medios que se empleen para alcanzarlo. Es esencial en el Estado social de Derecho (artículo 1.1 CE), con un relieve constitucional que se manifiesta especialmente en el ámbito de las intervenciones públicas en la esfera de los particulares. En el Derecho administrativo, en que se concreta el Derecho constitucional, la proporcionalidad se manifiesta asimismo en distintos ámbitos, permitiendo una interpretación equilibrada del concepto de interés público. Consentida una intervención por razón del mismo, con la cobertura legal necesaria, será necesario preguntarse si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que lo pueda satisfacer igualmente y, en tal caso, si la misma resulta más favorable a la esfera de libertad del administrado. La regla de proporcionalidad será aplicable en caso de respuesta positiva a estas preguntas >>.

Doctrina jurisprudencial sobre la proporcionalidad enlaza con las conclusiones del Tribunal Constitucional y que señala se recordó en la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2011, de la que traslada contenido de su FJ 5º.

Con ello concluye que se debía haber analizado detenidamente la correspondencia entre el bien jurídico que se trata de proteger y la medida jurídica que se adopta para señalar que en este caso no se justifica de forma expresa especificada y razonada porque las medidas adoptadas resultan precisas y necesarias para la protección del interés público que se manifiesta.

En este ámbito señala, con remisión a la resolución de 9 de enero de 2012 del Ararteko, que se aporta como documento número 2, que no hubiera sido necesaria la modificación porque el urbanismo de Bilbao ya estaba dotado de mecanismos e instrumentos para prevenir los conflictos sociales derivados de la apertura de nuevos lugares de culto.

Ello enlazando con el informe pericial que se aporta con la demanda, traslada que no se entiende por qué se está expulsando de la vida dinámica de la ciudad a un pequeño grupo que quiere ejercer su actividad religiosa, cuando existe recursos técnicos y arquitectónicos para garantizar las condiciones de seguridad y habitabilidad especialmente de protección contra el ruido estando perfectamente regulados tanto a nivel estatal, con remisión al código técnico de edificación, como a nivel autonómico.

La demanda remarca que el Ayuntamiento ha obviado la posibilidad de adopción de otro tipo de soluciones menos restrictivas para preservar la tranquilidad y descanso de la ciudadanía como pudiera ser la exigencia de adopción de medidas de aislamiento, seguridad o salubridad y protección contra incendios por lo que se considera infringido el juicio de idoneidad.

(3) También considera vulnerado el principio de igualdad, en relación con los usos urbanísticos, porque entre las situaciones de equipamiento sólo está vedado al equipamiento religioso la posibilidad de convivencia en el mismo edificio con el uso de vivienda y de residencia colectiva, pero no está prohibida en relación con el resto de equipamientos por ejemplo de carácter social o asistencial, entre otros.

(4) Igualmente considera que existe vulneración del principio de cohesión social, trayendo a colación el art. 3 f) de la Ley 8/2013, de 27 de junio, de Rehabilitación, regeneración y renovación urbana.

En este ámbito traslada que el uso religioso y los equipamientos no son novedad en el Plan General y que tampoco puede apreciarse en este caso que existan cambios sociales o demográficos reseñables en la ciudad, cambios que no se explican en la memoria, señalando que nada parece justificar el criterio de compatibilidad plena entre usos de vivienda y equipamiento deba ser radicalmente revisada, al menos cuando la prohibición se establece sólo para un tipo de equipamiento, el religioso, con el riesgo de lesionar un derecho fundamental como la libertad de culto.

(4) Asimismo traslada la vulneración del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 de la Constitución, en relación con la regulación de la situación de uso tolerado de los centros de culto que comparten edificios de vivienda, creando una situación de inseguridad jurídica e incertidumbre en la que quedan los centros de culto pudiendo producirse un cierre, como se dice ya habría ocurrido, además de aludir a los perjuicios, a las inversiones económicas realizadas por las confesiones y entidades religiosas, por la adquisición por compra de locales o rehabilitación para destinarlos al culto.

7.- En el séptimo, último de los motivos la demanda, razona sobre la insuficiencia manifiesta del programa de participación ciudadana, con cita de los arts. 84.4 y 108 de la Ley del Suelo y Urbanismo, sobre la vulneración del deber de colaboración de los poderes públicos con las confesiones religiosas con cita al art. 16.3 de la Constitución en relación con el art. 9.3 de la misma y la infracción de los arts. 5.1 y 2 de la Ley 2/2011 de Economía sostenible.

(1) En primer lugar, en cuanto a la arbitrariedad por insuficiencia de los contenidos del programa de participación ciudadana, se parte del art. 108 de la Ley del Suelo y Urbanismo, retomando referencia de la sentencia de la Sala de 10 de junio de 2011 [- es la sentencia de esta Sección 2ª nº434/2011, recaída en el recurso 1827/09-] para retomar de su FJ 2º la referencia al margen y discrecional del Ayuntamiento a la hora de diseñar el programa, para señalar que tal discrecional no puede desconocer el alcance y objetivo de la norma que exige del Ayuntamiento razonar los objetivos, estrategias y mecanismos que estime suficientes para posibilitar la participación ciudadana en el proceso de elaboración de la norma.

Recalca que en este caso, dada la modificación, se debía haber exigido la participación activa de las entidades religiosas que se ven directamente afectadas por la normativa, por lo que no es comprensible que el programa de participación ciudadana haya prescindido de dar voz expresa desde el inicio del proceso a dichas entidades, que eran especialmente afectadas, con el objeto de analizar los impactos negativos de la nueva normativa en su condición de interesados o afectados de forma directa e inmediata.

Añade que, en todo caso, era exigible al Ayuntamiento el razonamiento de porqué el trámite de participación ciudadana puede prescindir de la oportunidad de audiencia específica de las entidades especialmente afectadas.

En este ámbito, se dice que no se puede oponer a ello la oportunidad de presentación de alegaciones por parte de las entidades en el trámite de información pública porque la participación ciudadana debe entenderse más allá de la estricta oportunidad de presentar alegaciones en el trámite de información pública como cualquier ciudadano, enlazando ello con lo que se razonó en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2003, en concreto, con su FJ 5º, al señalar que se distinguieron los trámites que tienen por objeto el formato de la participación ciudadana y aquellos dirigidos a la información pública propiamente dicha de sus determinaciones, negando en todo supuesto la convalidación de uno por el otro.

(2) En segundo lugar razona sobre la vulneración de los principios de buena regulación de las disposiciones administrativas, enlazando con la Ley 2/2001 de Economía Sostenible, con su art. 5 referido a los instrumentos de la Administración para la mejora de la regulación.

(3) En tercer lugar, defiende la nulidad de la norma impugnada por vicio en el procedimiento, que arrastra la nulidad de pleno derecho, con cita de la STS de 1 de marzo de 2013, FJ 4º, recaída en recurso de casación que se interpuso por el Ayuntamiento de Bilbao consecuencia de las irregularidades en relación con los Planes Generales como instrumentos de rango reglamentario.

Enlaza con las precisiones que recoge el art. 62.2 de la Ley 30/92, para hacer consideraciones sobre el régimen de convalidación previsto en el art. 67 de la Ley 30/92.

Concluye señalando que la omisión injustificada de audiencia de entidades y confesiones religiosas en el programa de participación ciudadana, por su condición de afectados, para que tengan la oportunidad de hacer una valoración real de las afecciones directas de la norma en la tramitación en el curso del procedimiento de elaboración de la normativa, supone vulneración del programa de participación ciudadana, haciendo cita del art. 6.2, 8, 1 y 108 de la Ley del Suelo y Urbanismo del País Vasco, así como de los deberes de colaboración con las entidades religiosas, reiterando la cita del art. 16.3 y 9.3 de la Constitución, enlazando con la infracción de los principios de buena regulación recogido en el art. 5 de la Ley de Economía Sostenible, para ratificar la nulidad de pleno derecho del art. 62.2 de la Ley 30/92.

TERCERO.- Contestación del Ayuntamiento de Bilbao.

Se ha opuesto al recurso, interesa la desestimación y confirmación de la modificación del Plan General recurrido.

I.- El Ayuntamiento comienza con referencia a los principios rectores de la materia urbanística.

Alude a las facultades municipales en materia de ordenación del territorio, como se dice para comprender el alcance e incidencia de las competencias municipales que en esta materia pudieran tener en el invocado derecho fundamental de la libertad religiosa y en relación con la extensión a la libertad de culto lo que se alega como vulnerado con la demanda.

Para ello trae a colación previsiones de la Carta Europea de Autonomía Local, ratificada por España el 20 de enero de 1988, enlazando con el reconocimiento a la Autonomía Local por el art. 140 de la Constitución y la regulación que incide en el ámbito urbanístico, texto refundido de la Ley del Suelo de 2008 y Ley del Parlamento Vasco 2/2006 de Suelo y Urbanismo, para remitirse a las precisiones y ámbito del propio texto refundido de la Ley del Suelo de 2008, retomando los principios que recoge en su art. 2.1 y 2, así como en el art. 3, para incidir la competencia urbanística autonómica, en este caso en

la regulación de la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo del País Vasco para remitirse a la regulación en cuanto a los estándares que recoge en la misma y precisar que en este caso en relación con la reserva de suelo, dotaciones del art. 79.5 que aunque no siendo aplicable a la modificación, defiende que se adapta al cumplimiento de los mínimos exigidos con remisión al informe de la Dirección del Área de Urbanismo del Ayuntamiento que aporta como documento número 2.

II.- A continuación la contestación del Ayuntamiento se detiene en la competencia municipal en la ordenación del territorio.

Parte de la competencia reconocida en el art. 4.1 c) de la Ley de Bases de Régimen Local para, con consideraciones complementarias, defender que el Ayuntamiento de Bilbao siguió las pautas marcadas para llevar a cabo la modificación puntual recurrida, para remitirse al expediente en el que consta plano en el que se plasman los locales destinados a culto religioso al aprobarse la modificación, con detalle de los credos que desarrollan en cada uno de ellos, por lo que el conocimiento de la realidad y su distribución espacial en el territorio municipal era un hecho incontestable y no rebatido.

Añade, en cuanto a las previsiones futuras, que las confesiones religiosas solo podían haber puesto en conocimiento del Ayuntamiento las necesidades futuras, valiéndose para ello de los periodos de información público abiertos en el procedimiento, señalando que el único empeño fue el de forzar la convivencia del uso residencial con los lugares de culto religioso, obviando la problemática social que se había venido produciendo entorno a la apertura de nuevos centros religiosos en los bajos de los edificios residenciales, sobre lo que se remite al documento número 1 que aporta, para refundir las alegaciones trasladadas en el trámite de alegaciones en cuanto se achacaba a la modificación el ser segregacionista, discriminatoria.

Recalca que no existe vestigio de que con las alegaciones se trasladara escasez de suelo potencialmente apto para la implantación de la actividad de culto litigioso para hacer consideraciones sobre lo que significaba función pública y urbanismo.

En este ámbito considera que está traída erróneamente a colación por la demanda la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Vergos de 29 de junio de 2004 para señalar que allí el demandante se quejaba de la privación de su derecho a manifestar su religión mediante la apertura de centro religioso en el pueblo de su residencia, para trasladar de ella lo que sigue, que, aunque no se precisa, es el texto de los puntos 40, 41 y 43:

<< 40

De ello resulta que en el presente caso, y a diferencia del asunto Manoussakis, el Tribunal es llamado a pronunciarse sobre la compatibilidad con el Convenio de la interpretación de una Ley «prima facie» neutra respecto al ejercicio de la libertad de culto (ver supra Legislación y práctica internas e internacionales aplicables). La cuestión particular que entonces se plantea es la de saber si la aplicación por el Consejo de Estado de las

disposiciones generales de ordenación del territorio en la materia podía contrariar el artículo 9 del Convenio. Se trata pues de comparar la libertad del demandante de manifestar su religión con el interés público de ordenación racional del territorio. Es por ello que importa examinar si el criterio cuantitativo empleado por el Consejo de Estado para constatar la existencia o no de una «necesidad social» se concilia con las exigencias del artículo 9.2 del Convenio.

41

El Tribunal constata que el criterio admitido por el Consejo de Estado no puede tacharse de arbitrario. La autorización de modificar el plan de ordenación del territorio no podía acordarse sino para la construcción de un edificio de utilidad pública. Ahora bien, es razonable pensar que, en tal hipótesis, las necesidades de la comunidad religiosa puedan jugar un rol. Es evidente que el interés público de ordenación racional del territorio no puede suplantarse por las necesidades de culto de un único fiel de los COV cuando existía en la ciudad vecina una casa de oración que cubría las necesidades de dicha colectividad religiosa en la región.

43

En consecuencia, no hubo violación del artículo 9 del Convenio >>.

El Ayuntamiento considera trascendente la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la vinculación negativa de las ordenanzas municipales en toda materia que sea competencia sin previa habilitación legal a fin de valorar adecuadamente la vulneración del principio de legalidad que se defiende con la demanda.

Se hace cita de las SSTS de 7 de octubre de 2009 y de 5 de noviembre de 2009, y extrae como conclusión de que cualquier corporación local puede elaborar una ordenanza, en nuestro caso Plan General, que regule las condiciones técnico urbanísticas de los lugares de culto, para trasladar lo que se razonó en el FJ 4º de la STS 5 de noviembre de 2009 [- es la de la sección 4ª, recaída en el recurso nº 433/2008 -], así:

<< En un supuesto muy similar al que ahora contemplamos, nuestra Sala y Sección, a propósito de la impugnación por la misma recurrente de la Ordenanza reguladora de la aplicación de estiércol, purines y lodos de depuradora, aprobada por el Ayuntamiento de Bordils -Girona- en que también se cuestionaba la competencia de la Corporación municipal para aprobar la citada Ordenanza, declaráramos en nuestra reciente sentencia de siete de octubre, recaída en el recurso de casación 204/2008:

«El motivo de casación trasluce (y de ahí que sea aquel precepto estatal el directamente concernido y de que no proceda el pronunciamiento de inadmisibilidad que como primero pretende la parte recurrida) una concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de la vinculación positiva que ahí o para ello acarrearía el principio de legalidad, de suerte que la Corporación Local sólo podría actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de éste para ello. Sin embargo, hoy en día no es esa concepción la que mejor se acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales Corporaciones que atienda, como es obligado, a una que con el carácter de fuente primaria y naturaleza de Tratado fue incorporada a nuestro Ordenamiento, cuál es la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988. Ni es tampoco la que mejor se adecua a algunos pronunciamientos de este Tribunal Supremo que ya la han tenido en cuenta, en los que se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquéllas sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir.

[...] >>.

Señala que en Cataluña se ha optado, a partir de la promulgación de la Ley de Culto Catalana, por establecer reservas de emplazamiento para lugares de culto, y en otras Comunidades Autónomas, como la nuestra, se adopta una fórmula más general, alusiva a reservas de suelo para equipamientos de interés público y social, entre los que se incluye lo religioso, fórmulas que no agotan las posibilidades porque nada obstaría para que se optara por construir un centro ecuménico o pluriconfesional, como defienden algunos autores, con referencia a Rodríguez García, o cesiones gratuitas de suelo patrimonial de las entidades locales para establecimiento de lugares de culto.

Se dice que todas las soluciones son válidas siempre que se garantice la cantidad de suelo que se necesite para hacer efectivo el derecho de establecimiento de lugares de culto, siendo uno de los límites, pero no el único, a la discrecionalidad de la Administración.

III.- Tras ello razona sobre la discrecionalidad urbanística.

Tiene presente el contenido del art. 2.4 del texto refundido de la Ley del Suelo de 2008, llegando, incluso, a calificar de absurdo a lo que llevaría la tesis que se defiende con la demanda de no establecer límites al libre establecimiento del uso religioso de culto, pudiendo designar como válido cualquier local en cualquier sitio, llegando incluso al suelo no urbanizable.

Tras ello insiste en las potestades del Ayuntamiento para regular el uso del suelo en la forma más acorde para el respecto de los intereses implicados, para retomar referencia a los efectos negativos medioambientales, en concreto en relación con la contaminación acústica, para enlazar con la STC 16/2004 de 23 de febrero, para trasladar que la razón de la introducción de la limitación de uso religioso en los edificios residenciales no sería otra que la intención de evitar problemas de ruidos a los vecinos de los inmuebles, sin obstaculizar la existencia de lugares de culto en zonas que posibiliten la asistencia de creyentes, señalando una pluralidad de espacios en los que pueden implantarse en perfecta convivencia con las zonas habitadas.

En relación con ello trae a colación que la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el asunto Iskon y otras contra Reino Unido, de 8 de marzo de 1994, expone el supuesto y señala que la decisión de la Comisión fue clara, en el sentido de que no se consideraba vulnerado el art. 9 del convenio, en concreto, que pudiera servir de excusa para burlar la legislación vigente sobre el planeamiento partiendo de la base de que las previsiones de dicha legislación daba la presencia suficiente a la libertad religiosa.

IV.- Tras ello el Ayuntamiento entra en la justificación de la modificación del PGOU en relación con lo que viene trasladando.

Se remite al contenido del expediente, a las alegaciones que se fueron presentando, alude a las quejas de los vecinos afectados por el desarrollo de las actividades de culto, fundamentalmente molestias por ruidos, con remisión nuevamente al documento número 1, para precisar que aunque su número pueda parecer poco relevante pero sería revelador de un problema cuya evolución en el tiempo iría a empeorar, no sólo por la previsibilidad de que aumente la necesidad de tales centros, sino porque la ciudadanía aspira legítimamente a mayores niveles de calidad en el entorno de la vivienda para remitirse a lo que plasmó la memoria a la sencillez de la justificación pero que no restaría importancia al objetivo propuesto adelantando una solución a lo que podría convertirse en una torre de babel en la que acostaba de forzar la convivencia de unos usos que se han revelado incompatibles se vea gravemente disminuida la habitabilidad del espacio destinado a vivienda.

Tras ello enlaza con lo que significa la vivienda y el derecho a la intimidad personal del art. 18 de la Constitución, así como con lo que se razonó en la STC 119/2001 y precisa que muestra el interés que actualmente merece la materia medioambiental, es la STS de 8 de junio de 2012, recaída en el recurso 126/2010, para remitirse a lo que relevante considera de su fundamentación jurídica, para enlazar con la Ley 37/2013 de 10 de noviembre, de ruido, que, se dice, fue fruto de la preocupación por asegurar una vida de calidad, para enlazar con el art. 18 de la Constitución, al considerar que la medida que se impugna se encontraba en sintonía con los objetivos previstos en la normativa medioambiental desde la que se va construyendo el alcance que debe darse al derecho fundamental a la intimidad personal del art. 18 de la Constitución.

En relación con las conclusiones que la demanda extrae del informe pericial que aporta, el Ayuntamiento recalca la parcialidad de los datos que refleja, llegando a conclusiones erróneas, para señalar que el informe pericial parte de una serie de datos,

para concluir en la insuficiencia de suelo para implantación de lugares de culto, datos extraídos de la página Web del EUSTAT de 2010, sobre el censo edificaciones de Bilbao y la conclusión que alcanzó de que se había eliminado la posibilidad de establecer lugares de culto en un 88%, para señalar que los datos estadísticos ofrecidos carecen de los matices necesarios, porque una cosa es contabilizar la masa edificada por edificios y otra distinta concretar qué superficie de esos edificios es susceptible de ser ocupada por la actividad de culto, para señalar que el único valor que refleja con precisión el factor de suelo es la superficie en la que es posible la implantación de lugares de culto tras la modificación, dato que es ofrecido con precisión en el informe que se aporta como documento número 2 [- se está refiriendo al informe de 14 de marzo de 2014 del Director del Área de Urbanismo del Ayuntamiento de Bilbao -].

También se dice que se obvia en el informe que se aporta con la demanda la superficie construida en edificios de uso equipamental uso 3, uso de servicios urbanos y administrativos, uso 4 y uso terciario, uso 7, y uso productivo uso 8.

Lleva a señalarse que estando a la demanda parece que se traslada que como el uso principal de la ciudad es residencial no hay ninguna posibilidad de compatibilizar el uso con el de culto y por tanto que no podía establecerse en la ciudad, lo que se califica de interpretación efectista alejada de la realidad, imposible de mantener a la luz de la regulación contenida en el Plan General además de que se prevé ocupar edificios completos tanto preexistentes como por construir, con remisión a la regulación del Plan General.

Tras ello el Ayuntamiento retoma el análisis de suelo compatible con uso religioso para rebatir las cifras de la superficie real en la que se pueden implantar, remitiéndose al informe ya referido, aportado como documento número 2, trasladando como suelo apto el que asciende a 2.592.304,78 m², de los que 765.197,12 m² se concentran en los distritos 5 y 6, que constituyen el centro comercial y de negocios de Bilbao, con lo que considera se desacreditan las afirmaciones de escasez de suelo.

También se rechazan los alegatos de la demanda de que la modificación alejaría del centro de la ciudad a los lugares de culto, para señalar que Bilbao, como tantas ciudades españolas, se ha visto azotada por la crisis económica, devolviendo al mercado suelos y superficies que hasta hace poco eran ocupados por oficinas y otros usos, para señalar que no sólo existen locales disponibles en edificios, sino edificios completos esperan comprador e inquilino, edificios de viviendas desocupados que podían ser candidatos para los fines que pretende la demanda, inmuebles que hasta hace poco albergaban oficinas municipales y que por un proceso de reordenación de sedes han quedado desocupadas.

En relación con ello, reconociendo que el parque inmobiliario disponible fluctúa, se aporta como documento número 4 un estudio que se realizó en el año 2012 por la Sociedad Municipal Bilbao Ekintza, sobre la oferta de espacios disponibles de oficinas en Bilbao.

El Ayuntamiento también rechaza la crítica de inseguridad jurídica creada por la situación de tolerancia de los usos, demanda que incluso anticipa que podrían ser clausurados, lo que para el Ayuntamiento no estaría nada más lejos de la realidad, remitiéndose al art. 6.3.23.2.5, por ello trae a colación el régimen de la situación tolerada el art. 5.4.1, su definición, así como el art. 5.4.2 sobre las obras y usos admitidos en situación tolerada para concluir que los lugares de culto existentes con anterioridad a la aprobación de la modificación pueden seguir existiendo, régimen que no queda desvirtuado por el art. 6.3.23.2.6.

En relación con ello se dice que prueba, en este caso, de la nula dificultad para implantar nuevos centros de culto bajo la vigencia de la modificación, era la concesión y tramitación de tres nuevas licencias, con remisión al informe que aporta como documento número 5 [- es el informe de 26 de marzo de 2014 del Director del Área de Urbanismo del Ayuntamiento de Bilbao -] en el que se deja constancia de que de conformidad con el nuevo régimen se ha autorizado un nuevo centro de culto en la Calle Entrecanales 8 y una segunda licencia en la Calle Gazteluondo 5, encontrándose pendiente de subsanar algunas deficiencias menores del proyecto, añadiendo que existía además un proyecto avanzado, pero sin formalizar aún la petición de licencia, para construir un edificio para centro de culto en Deusto.

V.- Tras ello el Ayuntamiento se detiene en la incidencia en el derecho a la libertad religiosa y de culto.

Ello en relación con los argumentos que incorpora la demanda, para detenerse en el contenido del art. 16 de la Constitución y en las limitaciones que se pueden imponer a la libertad religiosa y de culto, en concreto vinculadas a razones de orden público.

En relación con ello se trae a colación el art. 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, para precisar donde se encuentra la esencia del derecho e incluso los aspectos accesorios que son expresión del contenido esencial, para considerar que existe una diferencia entre el contenido del punto 1 y lo recogido en el punto 2, que es donde se establece el derecho a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos.

Señala que se diferencia entre lo esencial y lo accesorio, circunstancial o accidental, para defender que el contenido esencial era inatacable, mientras que el accidental de carácter circunstancial sería al menos regulable.

Añade que todo ello, aplicable al caso, significaría que impedir el establecimiento de lugares de culto supondría una vulneración del contenido esencial del derecho y regular, ordenar con criterios coherentes basados en el interés general, los posibles lugares de su establecimiento, pertenecería a lo accidental y no afectaría al ejercicio del derecho, con lo que se defiende que nada impide que los Ayuntamientos regulen las materias propias de los títulos competenciales que constitucionalmente y legalmente les corresponden a los entes locales como lo es la ordenación pormenorizada de su territorio calificando suelos y asignando usos pudiendo incidir en los aspectos puramente circunstanciales del derecho al establecimiento de los lugares de culto que de ninguna manera afectan al ejercicio del derecho.

El Ayuntamiento concluye ratificando que los artículos que se recurren del Plan General no impiden, ni dificultan, el establecimiento de nuevos centros de culto en Bilbao, no afectando, la regulación de los centros de culto contenida en la modificación recurrida, al ejercicio del derecho de culto, limitándose a ordenar los espacios en los que puede promoverse su instalación, sin causar perjuicio a terceros poseedores de derechos fundamentales igualmente protegidos, habiendo logrado compaginar, sin detrimento para las confesiones religiosas, todos los intereses legales en juego de forma coherente y cohesionada con la realidad social.

CUARTO.- Incumplimiento de las exigencias plasmadas en el artículo 108 de la Ley de Suelo y Urbanismo; programa de participación ciudadana.

En esta sentencia hemos expuesto en el FJ 1º el contenido de la Modificación recurrida del Plan General de Ordenación Urbana y las pretensiones ejercitadas con la demanda, los argumentos de la parte demandante, en los términos que recogemos en el FJ 2º, y la oposición del Ayuntamiento de Bilbao en el FJ 3º.

Relevante es tener presente que de los argumentos que incorpora la demanda, los siete a los que nos hemos referido, los seis primeros inciden en lo que se puede considerar cuestión de fondo o sustantiva, en relación con lo que significa el derecho fundamental a la libertad religiosa, y en relación con él la manifestación referida al establecimiento de lugares de culto, partiendo de las previsiones del art. 16 de la Constitución española y el desarrollo por la Ley Orgánica de 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, en su artículo Segundo, apartado Dos, enlazando con las previsiones del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las exigencias, desde el punto de vista de la demanda, para regular, desde su punto de vista restringiendo, el derecho al establecimiento de lugares de culto, en relación con los límites de la potestad normativa del Ayuntamiento, en este caso en el ámbito del planeamiento urbanístico, al defender, como hemos expuesto, la exigencia de una previsión con rango normativo de ley, enlazando con las previsiones y mandatos del art. 53 de la Constitución, además de discrepar de la regulación por no estar justificada ni ser proporcional.

Junto a ese conjunto de alegatos que se desarrollan en seis motivos, en relación con el aspecto sustantivo o de fondo, la demanda incorpora uno de carácter procedimental, el séptimo, en relación con las críticas que traslada contra la modificación recurrida en relación con el déficit vinculado a la exigencia plasmada en el art. 108 de la Ley de Suelo y Urbanismo, sobre el programa de participación ciudadana.

La lógica formal exige dar respuesta con carácter preferente a este motivo, porque de prosperar, en lo que finalmente la Sala deberá concluir, hará innecesario entrar en el estudio de las cuestiones sustantivas o de fondo, motivo de carácter procedimental o formal al que no se ha referido el Ayuntamiento de Bilbao, como Administración demandada, ni en la contestación, ni en su escrito de conclusiones.

Argumento de la demanda al que daremos respuesta estando, exclusivamente, a las previsiones de la Ley de Suelo y Urbanismo, sin que se considere relevante, en este caso, introducimos en las pautas de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, en concreto de su art. 5 al que alude también la demanda, precepto que se refiere a los instrumentos de las Administraciones Públicas para la mejora de la regulación, para establecer el tenor que sigue:

<< Para contribuir al objetivo de mejora de la calidad regulatoria y a la aplicación de los principios de sostenibilidad y buena regulación, las Administraciones Públicas:

1. Impulsarán los instrumentos de análisis previo de iniciativas normativas para garantizar que se tengan en cuenta los efectos de todo tipo que éstas produzcan, con el objetivo de no generar a los ciudadanos y empresas costes innecesarios o desproporcionados, en relación al objetivo de interés general que se pretenda alcanzar.

2. Prestarán la máxima atención al proceso de consulta pública en la elaboración de sus proyectos normativos, justificando entre otros los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas, fomentando la participación de los interesados en las iniciativas normativas, con el objetivo de mejorar la calidad de la norma. Para ello pondrán a disposición de los interesados todos los canales de comunicación necesarios, especialmente a través de medios telemáticos, y asimismo aportarán la información adecuada para la mejor comprensión y valoración de los efectos esperados de las iniciativas normativas.

3. Promoverán el desarrollo de procedimientos de evaluación a posteriori de su actuación normativa, disponiendo el establecimiento de los correspondientes sistemas de información, seguimiento y evaluación >>.

Vemos como, efectivamente, se refiere en su punto 2 al fomento de la participación de los interesados en las iniciativas normativas, pero ello no puede sino ponerse en relación con el objeto y finalidad de la propia ley, que la plasma en su art. 1, consistente en introducir en el ordenamiento jurídico las reformas estructurales necesarias para crear condiciones que favorezcan un desarrollo económico sostenible, con el entendimiento de lo que es la economía sostenible según su art. 2; recordaremos que al principio de desarrollo sostenible se refiere tanto el artículo 2.2 del TR de la Ley de Suelo de 2008, como el artículo 3 de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco.

Por ello, sin perjuicio de que plasma la exigencia de fomento de la participación de los interesados en las iniciativas normativas con el objeto, en concreto, de mejorar la calidad de la norma, en nuestro caso estamos ante un marco normativo sectorial, el específico en materia de planeamiento urbanístico, que lo encontramos en la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, que es el directamente aplicable, al que nos pasamos a referir, que enlaza con el derecho a la participación efectiva de los ciudadanos en los procedimientos e elaboración de los instrumentos de ordenación urbanística, recogido en el artículo 4 e), en relación con el artículo 3 .2 c), del TR de la Ley de Suelo de 2008.

Enlazando con esas previsiones del TR de la Ley de Suelo de 2008, vemos como la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo del País Vasco ya plasmó entre sus principios el de participación ciudadana en el art. 8, quedándonos de él con su punto 1, cuando recoge que la ordenación urbanística se formulará, tramitará, aprobará y ejecutará favoreciendo y facilitando la participación en todas sus formas de las personas físicas o jurídicas, con garantía de las expresamente previstas en la ley; en nuestro ámbito nos encontramos, sobre todo, con esa exigencia referida a la formulación de la ordenación urbanística, porque en ese ámbito incide el motivo que traslada la demanda, dado que no está en cuestión que tras la aprobación inicial de la modificación del Plan General aquí recurrida, la parte recurrente presentó alegaciones.

Recordaremos que la exposición de Motivos de la Ley 2/2006, en su apartado III.6, se refiere a la garantía del derecho a la participación ciudadana a través de la figura de los programas de participación ciudadana obligatorios en los planes de ordenación estructural.

Por ello, el precepto relevante a tener en cuenta es el art. 108 de la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo que, al regular la participación ciudadana en la formulación, tramitación y aprobación del planeamiento, se refiere al programa de participación ciudadana en el Plan General, precepto del tenor que sigue:

<< Artículo 108.- Programa de participación ciudadana en el plan general.

El acuerdo municipal de inicio de la formulación, modificación o revisión de cualquier figura de planeamiento de ordenación estructural deberá estar acompañado de un programa de participación ciudadana en el que, según las características del municipio, se establecerán los objetivos, estrategias y mecanismos suficientes para posibilitar a los ciudadanos y ciudadanas y entidades asociativas el derecho a participar en el proceso de su elaboración. Entre estos mecanismos figurarán:

a) Sesiones abiertas al público explicativas del contenido del avance, en especial de las decisiones estratégicas de construcción de la ciudad y las posibles alternativas presentadas en la tramitación del expediente.

b) Posibilidad de celebrar consulta popular municipal, según la regulación establecida en la legislación básica de régimen local, en caso de graves controversias ciudadanas sobre alguno de los aspectos incluidos en el plan.

c) Material divulgativo, que deberá prepararse junto con los documentos legalmente exigidos para los instrumentos urbanísticos, al objeto de facilitar su difusión y comprensión >>.

Vemos como el artículo 108 se titula << programa de participación ciudadana en el *plan general* >>, cuando se va a referir a la formulación, modificación o revisión de *cualquier figura de planeamiento de ordenación estructural*, recordando que las figuras de planeamiento de ordenación estructural se recogen en el art. 59.1, siendo el Plan General de Ordenación Urbana una de ellas; como aquí estamos ante Pan General no es necesario profundizar sobre ello.

Sobre dicho precepto ha hecho distintos pronunciamiento previos la Sala, entre ellos el que refiere la demanda, la sentencia 434/2011, de 10 de junio, recaída en el recurso 1.827/2009, sentencia que lo que hizo fue retomar lo que previamente se había razonado en la sentencia 419/2011, de 8 de junio de 2011, recaída en el recurso 1.735/2009, ambas, como aquí, en relación con una modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao, en ellas sobre la modificación de las determinaciones urbanísticas de la Unidad de Ejecución 203.02 entre el Callejón del Campo Volantín y la Travesía Tiboli.

De esa última sentencia es importante trasladar lo que razonó, en su FJ 2º, en relación con el programa de participación ciudadana, sobre el contenido del art. 108 de la Ley de Suelo y Urbanismo al que nos hemos referido, así:

<< [...]

Pues bien, el art. 108 LSU establece que el acuerdo municipal de modificación de cualquier "figura de planeamiento de ordenación estructural" deberá estar acompañado de un "programa de participación ciudadana" en el que se establezcan los objetivos, estrategias y mecanismos suficientes para posibilitar a los ciudadanos y entidades asociativas el derecho a participar en el proceso de elaboración.

El precepto se refiere a la las modificaciones de cualquier "figura de planeamiento estructural", lo que suscita la duda interpretativa de si comprende cualquier modificación del plan general incluidas las que se limiten a modificaciones de la ordenación pormenorizada, o se refiere exclusivamente a las modificaciones de determinaciones de ordenación estructural, si bien en el caso de autos, no es relevante dicha cuestión, en la medida en que tanto el Ayuntamiento como las codemandadas admiten que la modificación de autos tiene alcance estructural, en lo que está de acuerdo la Sala toda vez que opera un cambio de clasificación de suelo, y afecta al sistema general educativo, regulaciones ambas propias de ordenación estructural de acuerdo con lo dispuesto por el art. 53 LSU.

El contenido del programa de participación ciudadana que exige el art. 108 LSU queda al arbitrio del Ayuntamiento que en todo caso habrá de razonar la opción elegida en función de la entidad y relevancia de la modificación. El precepto señala unos concretos mecanismos de participación, como (1) sesiones abiertas al público explicativas del avance en especial de las dediciones estratégicas, mecanismo que parece referido a aquellos supuestos en que la importancia de la modificación requiera el trámite de avance, que, como seguidamente se razonará, no es el caso; (2) posibilidad de celebrar consulta popular en caso de grave controversia ciudadana, lo que no se ha acreditado en el caso de autos; y (3) material divulgativo al objeto de facilitar su difusión y comprensión.

Como hemos dicho, corresponde al Ayuntamiento, en el marco diseñado por dicho precepto y en atención a las concretas circunstancias del caso, formular un programa de participación ciudadana con la dimensión y alcance suficientes para facilitar la participación ciudadana, pero lo que en modo alguno cabe aceptar es que dicho margen de apreciación discrecional sobre el alcance del programa incluya la opción de no realizar programa alguno, ya que la misma contradice claramente la norma en una cuestión que no resulta meramente formal, sino que tiene un alcance de máxima relevancia, de forma que el incumplimiento de dicho deber legal comporta la nulidad del procedimiento de elaboración por infracción del art. 108 LSU.

El Ayuntamiento alega que por la escasa relevancia de la modificación no resultaba necesario, pero, como hemos dicho, el precepto no admite dicha interpretación extrema, por más que deje un margen amplio de arbitrio a la hora de diseñar el programa de participación ciudadana. Alega asimismo que la intervención del Consejo Asesor de Planeamiento Municipal garantiza el principio de participación ciudadana, pero con ello ignora que la LSU ha previsto dicho órgano de concertación (art.109 LSU) cuyo informe resulta preceptivo en la redacción técnica del plan general, y que podrá recabar, conocer y emitir informe de cualquier otro plan o instrumento de ordenación urbanística, además del programa de participación ciudadana del art. 108 LSU, por lo que el hecho de que dicho Consejo Asesor de Planeamiento haya emitido informe sobre la modificación, no dispensa el cumplimiento del deber de establecer el programa de participación ciudadana con la dimensión que las circunstancias demanden.

En el caso de autos, la tramitación de la modificación puntual impugnada se origina a instancias de los propietarios del ámbito mediante el proyecto presentado con el escrito de 9 de marzo de 2007 (folios 1 a 4 del expediente), iniciativa que hace suya el Ayuntamiento, previos informes técnicos de distintos funcionarios municipales y aprueba inicialmente por acuerdo del Pleno de 29 de marzo de 2007 (folio 27).

Es desde luego dicho acuerdo el que da inicio legalmente a la tramitación de la modificación haciendo suya la propuesta de ordenación presentada por los propietarios del ámbito al considerar que la misma satisface los intereses generales, pero adolece del defecto de no aprobar en dicho acto un programa de participación ciudadana en los términos requeridos por el art. 108 LSU, lo que vicia de invalidez el acuerdo impugnado, toda vez que el objetivo de garantizar la participación ciudadana es pieza clave de la LSU a tenor de su exposición de Motivos (apartado III-6) y de su art. 8 .

[...] >>.

Sobre ello también haremos cita de la sentencia 256/2013, de 21 de octubre de 2013, recaída en el recurso 58/2012, en este caso en relación con el Plan General de Ordenación Urbana de Ellorrio, en la que, tras reconocer que se puedan dar distintas pautas, medios y mecanismos para dar satisfacción a la exigencia de programa de participación ciudadana en el Plan General, recalamos que la exigencia está vinculada al acuerdo municipal de inicio de la formulación, modificación o revisión, por ello a la fase primaria.

Igualmente, en relación con el programa de participación ciudadana, debemos tener presente lo que la Sala recogió en la sentencia 49/2012, de 27 de enero, recaída en el recurso 1.851/2009 [- retomado en la posterior sentencia 102/2012, de 14 de febrero de 2012, recaída en el recurso 1.543/2009, en relación con la revisión parcial de las Normas Subsidiarias de Oiartzun respecto a determinadas áreas -], que el Pleno Municipal debe aprobar el programa de participación ciudadana, enlazando con las previsiones del art. 84.4 y 108 de la Ley de Suelo y Urbanismo, en la fase inicial de formulación de documento del Plan General, ratificando que la participación constituía un principio esencial de la propia ley, con remisión a su art. 8.

Con este marco normativo, con las exigencias referidas al programa de participación ciudadana, nos encontramos con que no se cumplieron en la modificación del Plan General de Ordenación Urbana que es objeto del presente recurso, porque, remitiéndonos a lo que se puede considerar antecedentes de la modificación, nos encontramos, como refleja la documentación que incorpora el expediente, con la existencia de una proposición planteada para que se instara a la Junta de Gobierno Local a elaborar una nueva Ordenanza Local que regulara la apertura de nuevos centros de culto, presentada

al Pleno por el Partido Popular, presentándose enmienda por el Partido Nacionalista Vasco, con la que se interesó que se acordara pedir al Gobierno Vasco adelantar la tramitación de la legislación autonómica que regule la existencia de centros de culto, sin perjuicio de ordenar que se iniciaran los trámites dirigidos a la modificación del Plan General de Ordenación Urbana a fin de solventar el vacío normativo concerniente a la localización y otros extremos, enmienda presentada el 27 de septiembre de 2011, tras lo que recayó Acuerdo Plenario en sesión de 29 de septiembre de 2011 que dispuso ordenar la modificación del Plan General de Ordenación Urbana para introducir previsiones específicas para los locales destinados a centros de culto religiosos, sin perjuicio de la legislación que pudiera promulgarse al respecto.

El Pleno Municipal acordó, en primer lugar, modificar el Plan General de Ordenación Urbana en orden a incluir los preceptos urbanísticos (dimensiones, aforos, localización, ...) a los que habrán de ajustarse los centros de culto religioso, encargando al Área de Urbanismo, Vivienda y Medio Ambiente que proceda a formular la modificación e impulsar su tramitación, y en segundo lugar suspender, por plazo máximo de un año, el otorgamiento de licencias.

Significativo es, así mismo, el índice del expediente remitido.

Como estamos en el ámbito de la modificación de un Plan General debemos tener presente el art. 104 de la Ley de Suelo y Urbanismo, referido al procedimiento para la modificación y revisión de ordenación establecido en los planes urbanísticos, que va a recoger, en lo que interesa, en cuanto a las modificaciones, que deben realizarse a través de la misma clase de plan y observando el mismo procedimiento seguido para aprobación de tales determinaciones, exceptuándose en el apartado c), en lo que interesa respecto a las modificaciones del planeamiento general, que el avance es optativo, lo que enlaza con las previsiones del art. 87.1.

Como conclusión relevante tenemos que la modificación del Plan General también exige cumplir el art. 108 de la Ley de Suelo y Urbanismo, en relación con el programa de participación ciudadana, al margen de que, según su art. 104 c), sea optativa la tramitación del avance.

Debemos recordar que el art. 108, en relación con el programa de participación ciudadana, exige mecanismos suficientes para posibilitar a ciudadanos y ciudadanas y entidades asociativas, el derecho a participar en el proceso de elaboración, sin perjuicio de los mecanismos que en sus tres apartados recoge.

Aquí estamos ante una singular modificación, como se desprende del conjunto de los antecedentes, del expediente y de los autos, por estar dirigida a regular el establecimiento y uso de locales de culto.

En relación con los pronunciamientos de la Sala que hemos referido, el programa de participación ciudadana está vinculado al inicio de la modificación del Plan General, no a su aprobación inicial, sino con la decisión de iniciar los trabajos, que es cuando se exige cumplir con las pautas que ordena el art. 108 de la Ley del Suelo y Urbanismo, no

quedando solventado, ni subsanado, por la posterior participación tras los trámites de información pública una vez tomada la decisión por parte de la autoridad municipal, en este caso del Pleno del Ayuntamiento.

Programa de participación ciudadana que tampoco queda sustituido, ni subsanado su incumplimiento, por la intervención del Consejo Asesor de Planeamiento Municipal, en relación con las atribuciones que a éste le da el art. 109 de la Ley de Suelo y Urbanismo del País Vasco, también en el ámbito de la participación ciudadana.

Ratificamos lo que la Sala ya plasmó en la sentencia de 8 de junio de 2011, recaída en el recurso 1.735/2009, posteriormente asumido en la sentencia de 10 de junio de 2011, recaída en el recurso 1.827/2009, a las que ya hemos hecho referencia, en las que se concluyó que el hecho de que el Consejo Asesor de Planeamiento hubiera emitido informe sobre la modificación, no dispensaba el cumplimiento del deber de establecer el programa de participación ciudadana, con la dimensión que las circunstancias demanden, tras reconocer la potestad del Ayuntamiento, en el marco del art. 108 de la Ley de Suelo y Urbanismo, en relación con las circunstancias concurrentes en el supuesto, de formular el programa de participación ciudadana, siempre con la dimensión y alcance suficientes para facilitar la participación, rechazando, además, el carácter formal de tal exigencia, dado que su alcance es de máxima relevancia según la ley, incumplimiento que comporta la nulidad del procedimiento de modificación del Plan General, por infracción del art. 108.

Sobre lo que ahora se debate también se hace oportuno tener presente lo que en su ámbito se razonó en la STS de 15 de enero de 2000, recaída en el recurso de casación 2.172/1994, en relación con las pautas establecidas por el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y en el Reglamento de Planeamiento, en la que se razonó como sigue [- lo que tuvo presente la STS de 23 de enero de 2003, recurso 5018/1999-]:

<< [...] Tal como el presente motivo de casación ha sido formulado no puede prosperar, porque refleja un claro error respecto a la función que el artículo 125.1 RP representa en el procedimiento de elaboración de los instrumentos de planeamiento. El hecho de que los recurrentes en la instancia hayan formulado alegaciones en el período de información pública abierto conforme al artículo 128 RP no subsana, sin más, la omisión de la exposición al público de los trabajos preparatorios, porque en esta fase no se trata propiamente de la defensa de intereses particulares afectados sino de hacer efectivo el derecho de participación ciudadana reconocido en el artículo 4.2 TRLS que tiene en el citado artículo 128 RP una expresión distinta de la que se reconoce en el trámite de información pública abierto cuando la voluntad de la Administración se ha manifestado en la aprobación inicial del plan. La cuestión no es, pues, si los recurrentes en la instancia han sufrido o no indefensión, puesto que formularon alegaciones en la fase formal de información pública, sino si la infracción cometida ha impedido alcanzar el fin propuesto con el trámite omitido, que es el de la elaboración de las Normas con la más amplia participación ciudadana. Aunque en atención a las circunstancias del caso esta Sala haya declarado en alguna ocasión (sentencias de 10 Jun. 1997 y 6 Abr. 1987) que

la omisión del trámite de participación previsto en el artículo 125.1 RP puede quedar subsanada por el resultado de la información pública abierta conforme al artículo 128 RP, la finalidad de uno y otro trámite no es coincidente por lo que no puede sostenerse esa tesis con carácter general. La exposición al público prevista en el artículo 125.1 RP actúa cuando el planificador no ha mostrado todavía preferencia sobre ninguna de las opciones posibles, enriqueciendo los trabajos preparatorios con las sugerencias que los ciudadanos puedan aportar, mientras que el trámite de información pública se proyecta sobre una decisión ya inicialmente adoptada y, en la práctica, opera más como crítica a la solución acogida que como propuesta de soluciones alternativas, por lo que, en sentencia de 22 Feb. 1988, esta Sala ha declarado que la infracción del artículo 125.1 RP determina la nulidad del plan aprobado. Sólo el análisis de las circunstancias de cada caso podrá excluir ese vicio de nulidad, en función de su eventual subsanación por la posterior fase de información pública, y es claro que entre esas circunstancias habrá de atenderse a la mayor o menor entidad de la alteración del planeamiento que se pretenda llevar a cabo. Sin embargo, no cabe, como parece entender la Comunidad Foral de Navarra, reducir la exigencia de la fase de exposición al público de los trabajos preparatorios a los supuestos de revisión del planeamiento, excluyendo los de modificación del mismo, porque, en ambos casos ha de seguirse el procedimiento establecido en los artículos 124 y siguientes RP >>.

Concluiremos, en este ámbito, recordando como el art. 108 de la Ley de Suelo y Urbanismo se refiere, en lo que interesa, a *modificación de cualquier figura de planeamiento de ordenación estructural*, que es cuando se exige que se acompañe programa de participación ciudadana.

Precisión que nos lleva al art. 59 de la Ley, donde se plasman los dos niveles de ordenación de los planes, estructural y pormenorizada, encontrándose en el punto 1, dentro de los planes de ordenación estructural, con el Plan General de Ordenación Urbana, lo que así mismo ha de ponerse en relación con el contenido sustantivo del Plan General según el art. 61, por un lado, con carácter mínimo, toda la ordenación estructural del término municipal y la ordenación pormenorizada del suelo urbano que el Plan General incluya en la categoría de suelo urbano consolidado, y con carácter potestativo la ordenación pormenorizada del suelo urbanizable sectorizado y del suelo urbano no incluido por el Plan General en la categoría de suelo urbano consolidado, pudiéndose remitir en ambos supuestos a su ordenación por planeamiento de ordenación pormenorizada así Plan Parcial y Plan Especial de Ordenación Urbana.

En nuestro caso estamos ante la modificación del Plan General con incidencia en la ordenación estructural, ordenación estructural que la encontramos recogida, en esencia, en el art. 53 de la Ley, plasmando en su punto 1 las determinaciones de tal naturaleza con carácter general, y en el punto 2 las referidas al suelo urbano y urbanizable sectorizado, para incluir entre ellas lo referido al uso característico y a los usos compatibles, precisiones que en cuanto a los usos que los puntos 3 y 4 también se incide en relación con los suelos urbanizables no sectorizados y los suelos no urbanizables.

En nuestro, por el contenido de la modificación y la incidencia que tiene en relación con los usos y compatibilidad, singularmente en cuanto a la incompatibilidad en los términos de la regulación que hemos dejado recogida en el FJ 1º, debemos concluir que estamos ante una modificación puntual del Plan General que incide en la ordenación estructural, al margen de las dudas interpretativas que la Sala ha trasladado en pronunciamientos previos en cuanto a si la expresión "*cualquier figura de planeamiento de ordenación estructural*", recogida en el art. 108 de la Ley de Suelo y Urbanismo, comprende cualquier modificación del Plan General, incluidas las que se limitan a modificación de la ordenación pormenorizada o exclusivamente a las modificaciones de determinaciones de ordenación estructural debiendo ratificar que la exigencia de programa de participación ciudadana, exclusivamente incide en ordenación estructural, en relación con el contenido de carácter mínimo referido a la ordenación estructural del término municipal, por lo que no lo sería así en relación con la ordenación pormenorizada del suelo urbano que el Plan General incluya en la categoría de suelo urbano consolidado, por su propia naturaleza de ordenación pormenorizada, que enlaza con las conclusiones ratificadas por la Sala en el sentido de que tal ordenación pormenorizada de suelo urbano consolidado, además de la ordenación pormenorizada del suelo urbano no consolidado, puede ser afectada por el Plan Especial de Ordenación Urbana, sobre lo que ratificamos las conclusiones que la Sala alcanzó, entre otras, en la sentencia 525/2012, de 3 de octubre de 2012, recaída en el recurso 1.526/2011, al despejar y resolver los problemas interpretativos de la Ley de Suelo y Urbanismo en relación con este debate; en su FJ 2º, razonábamos como sigue:

<< [...]

El art. 59.2.b) LSU concibe la figura del PEOU con la finalidad de ultimar la ordenación en áreas determinadas en suelo urbano "cuando así se estableciera por el plan general".

Si tenemos en cuenta que conforme a lo dispuesto por el art. 61-a) LSU el contenido sustantivo mínimo del plan general (en adelante PG) incluye la ordenación pormenorizada del suelo urbano que el propio plan incluya en la categoría de consolidado, parecería razonable concluir que, congruentemente, la función que el art. 59-2-b) LSU asigna a la figura del PEOU es la de completar la ordenación pormenorizada del suelo urbano no consolidado cuando así lo disponga el PG.

Que ello es así lo confirma el tenor del inciso primero del art.70 LSU al decir que el PEOU "*tiene por objeto desarrollar la ordenación estructural del plan general mediante el establecimiento de la ordenación pormenorizadas de aquellas áreas de suelo urbano para las que el PG permite diferir dicha ordenación*".

Ahora bien, el inciso segundo del art.70 LSU no guarda coherencia con el art. 59-2-b) LSU, ya que contempla además como finalidad del PEOU la de *“modificar la ordenación pormenorizada del suelo urbano contenida en la documentación del plan general.”* Dicho función de modificación de la ordenación pormenorizada la contempla asimismo el art. 104-a) LSU.

Aunque el precepto ciñe la función del PEOU a la modificación de la ordenación pormenorizada *“contenida en el plan general”*, teniendo en cuenta que el PG puede diferir la ordenación pormenorizada a un PEOU, parece razonable entender que la figura de planeamiento del PEOU no sólo puede modificar la ordenación pormenorizada establecida por el PG, sino también la establecida por un PEOU previa habilitación del PG. >>

Ello para ratificar como conclusiones:

<< (1) que la ordenación pormenorizada primigenia del suelo urbano consolidado ha de hallarse en el PG; (2) que el PG puede contener potestativamente la ordenación pormenorizada del suelo urbano no consolidado, o bien habilitar dicha ordenación a través del PEOU; y (3) que el PEOU es instrumento de ordenación hábil para la modificación de la ordenación pormenorizada ya haya sido establecida por el propio PG, ya haya sido establecida por otros PEOU por expresa habilitación del PG >>.

Por ello, si un Plan Especial de Ordenación Urbana puede incidir en la ordenación pormenorizada del suelo urbano que el Plan General incluya en la categoría de suelo urbano consolidado, y el Plan Especial de Ordenación es figura de planeamiento de ordenación pormenorizada estando al art. 59.2 de la Ley de Suelo y Urbanismo, debemos concluir que la exigencia del programa de participación ciudadana en relación con el Plan General, según el art. 108, queda limitada a las modificaciones, que es nuestro caso, que incidan en la ordenación estructural, por su intrínseca relevancia en el contenido del planeamiento general.

Al tener que ratificar que no se han cumplido las exigencias derivadas del art. 108 de la Ley de Suelo y Urbanismo, en cuanto a la necesidad de cumplir las pautas en cuanto al programa de participación ciudadana en relación con la modificación del Plan General recurrida, con la singularidad del supuesto, en relación con lo que llevamos recogido, en lo que se insiste por la parte demandante, expresamente a ello se refirió en la demanda, en la que se recalcó que no se había dado participación efectiva a las confesiones religiosas, porque sólo se había producido en la fase de información pública mediante la presentación de alegaciones al proyecto inicial ya aprobado, añadiendo que incluso, así se resaltaba, que en el momento de formularse la modificación algunas de las confesiones colaboraban con el Ayuntamiento en la mesa de diálogo interreligioso, precisando que el grupo se había puesto en marcha en diciembre de 2011 con el objetivo de fomentar el diálogo y la cooperación interreligiosa, trasladando incluso que a dicha mesa no se le había solicitado informe expreso en la fase previa a la aprobación inicial de la modificación en cuestión.

Añadiremos que las pautas que, de forma indirecta, se recogen en el expediente remitido, en relación con contenido de Acuerdo del Consejo de Asesor de Planeamiento Municipal, respecto a la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana [- Acta de la sesión del 8 de noviembre de 2001, aprobada en la sesión de 29 de noviembre de 2001 -] y las alusiones que se hacen al programa de participación en relación con ella, no tienen relevancia porque estamos ante un expediente autónomo, distinto, sobre la modificación del Plan General que el Pleno Municipal decidió poner en marcha a finales de septiembre de 2011.

Por todo ello, en conclusión, porque el artículo 108 de la Ley de Suelo y Urbanismo exige, no solo programa de participación ciudadana, sino, además, que incorpore mesianismos suficientes para posibilitar a los ciudadanos y ciudadanas y entidades asociativas el derecho a participar en el proceso de su elaboración, lo que no se ha cumplido en la Modificación del Plan General recurrida, estamos ante un defecto formal que tiene como consecuencia la estimación del recurso, de la pretensión de nulidad, porque el defecto, por la naturaleza normativa del Plan General, de la modificación en este caso, es de nulidad de pleno derecho, como ordena el art. 62.2 de la Ley 30/1992, conclusión ratificada por pronunciamientos reiterados en la jurisprudencia, en relación con lo que haremos cita de la STS de 1 de marzo de 2013, recaída en el recurso 2878/2010, referida en la demanda, en la que en su FJ 4º se razonó como sigue:

<< [...] venimos declarando desde antiguo que los planes de urbanismo son normas de carácter general aunque de rango reglamentario, pues, " el Plan, que tiene una clara naturaleza normativa - sentencias de 7 de febrero de 1987, 17 de octubre de 1988, 9 de mayo de 1989 , 6 de noviembre de 1990 , 22 de mayo de 1991, etc.", por todas, STS de 9 de julio de 1991 (recurso de apelación nº 478 / 1989).

Si esto es así, nuestro ordenamiento jurídico reserva para las disposiciones generales que hayan vulnerado la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de superior rango, es decir, que incurran en un vicio de invalidez, la consecuencia más severa: la nulidad plena, ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992.

Esta naturaleza normativa de las determinaciones del plan que sólo consiente un vicio de invalidez: la nulidad plena, hace inviable la aplicación del régimen jurídico propio de la anulabilidad de los actos administrativos, así como de los principios de conservación y de convalidación, también reservado a los actos administrativos y no a las disposiciones de carácter general. [...] >>.

QUINTO.- Referencia a la sentencia 365/2014 de 27 de junio, recaída en el recurso 745/2013.

Como complemento de lo razonado y ya concluido, la Sala considera oportuno traer a colación que ante ella se siguió el recurso 745/2013, interpuesto por la Comisión Islámica de España, contra la misma modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao aquí recurrida, en el que recayó la sentencia 365/2014 de 27 de junio, sentencia desestimatoria firme, en la que la Sala dio respuesta al debate sustantivo vinculado a la libertad religiosa, a los motivos que referíamos, sentencia en la que en su ámbito razonábamos como sigue en el FJ 2º:

<< [...] La entidad religiosa recurrente impugna tales preceptos por la razón de que excluye la implantación de nuevos centros de culto en locales de edificios que tengan por uso principal el residencial, o bien el uso de equipamiento destinado a residencias comunitarias, razonando que “esta limitación de implantar centros de culto en los locales de viviendas colectivas puede suponer una restricción de implantación de centros de culto en más del 50% de los edificios de Bilbao y en un 88% de los edificios respecto de la situación previamente existente.”

Sin embargo, el fundamento del recurso no descansa en que la concreta regulación limite de forma desproporcionada y sin justificación la implantación de centros de culto, lo que el Ayuntamiento niega alegando que la superficie de suelo apta para el establecimiento de lugares de culto asciende a 2.592.304,78 m², de los que 765.197,12 m² se concentran en los Distritos 5 y 6, que constituyen el centro comercial y de negocios de Bilbao, sin que se haya desarrollado por la parte actora ni la carga alegatoria necesaria ni la actividad probatoria mínima al respecto.

El recurso se articula sobre la base de un único motivo de impugnación por el que, considerando que dicha ordenación incide en el derecho a la libertad religiosa garantizado por el art. 16 CE, en la medida en que el art.2.2 de la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, establece que el derecho a la libertad religiosa comprende el derecho a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, se denuncia la infracción del principio de reserva de ley establecida por el art. 53 CE.

El motivo de impugnación así planteado no puede ser acogido, toda vez que a juicio de la Sala la ordenación establecida no incide en el derecho a la libertad religiosa, en la medida en que el Ayuntamiento, en ejercicio de su potestad de ordenación urbanística, se limita a regular la implantación de nuevos equipamientos religiosos excluyendo su ubicación en edificios de uso residencial, con fundamento en las molestias que pueden ocasionar a los residentes las concentraciones de feligreses.

Al regular la implantación de tales equipamientos religiosos, no regula ni el contenido esencial ni aspectos accesorios del derecho a la libertad religiosa, obrando en el ejercicio de la potestad de ordenación urbanística que, con fundamento constitucional en la autonomía local de

los municipios que garantiza el art. 140 CE, interpretado de acuerdo con la Carta Europea de la Autonomía Local (art.4.2), le atribuyen el art. 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y los arts. 2. 50 y 90 de la Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo (LSU).

La potestad de ordenación urbanística que el Ayuntamiento tiene legalmente atribuida, siempre subordinada al interés público (art.4 LSU), vincula el suelo a determinados destinos a través del planeamiento (art.5 LSU), y en lo que aquí importa, incluye el establecimiento de una red de sistemas generales (art.54.2.e) LSU) y de sistemas locales (art.57.2.e) LSU) que incluya los equipamientos privados dedicados a usos religiosos.

El establecimiento por el planeamiento de tales determinaciones no incide por sí mismo en el derecho a la libertad religiosa, como tampoco incide en el derecho fundamental a la libertad de enseñanza y de creación de centros que reconoce el art. 27 CE el establecimiento por el planeamiento de la red de sistemas generales y locales de equipamientos privados de enseñanza, ni incide en los derechos de asociación o sindicación, o a comunicar y difundir información veraz, la regulación de los usos posibles para el establecimiento de las sedes de tales asociaciones, o sindicatos, o de los medios de comunicación.

El establecimiento de dicha ordenación es necesario para una convivencia ordenada y resulta obligado para el planificador por razones de interés general, siendo ajeno a la regulación del ejercicio de los derechos a la libertad religiosa o a la libertad de enseñanza, pues aunque ambos comportan el derecho a la creación de los centros de culto o de enseñanza, ello no significa que pueda hacerse al margen de la ordenación urbanística.

Cosa muy distinta es que la concreta ordenación resulte lesiva de tales derechos por ser desproporcionadamente restrictiva o por tener un efecto equivalente a una auténtica limitación del ejercicio del derecho fundamental. El planeamiento ha de posibilitar el ejercicio del derecho a la libertad religiosa en términos razonables y no discriminatorios, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto por las entidades religiosas.

Sin embargo, aun cuando la demanda afirma que la ordenación impugnada comporta una limitación de implantar centros de culto en los locales de viviendas colectivas, y que ello puede suponer una restricción de implantación de centros de culto en más del 50% de los edificios de Bilbao y en un 88% de los edificios respecto de la situación previamente existente, no desarrolla una argumentación suficiente al respecto, ni realiza una actividad probatoria mínima que permita concluir que se trata de una limitación desproporcionada y lesiva del derecho a abrir centros de culto.

Decir que supone una limitación de más del 50% de los edificios de Bilbao, no es suficiente al respecto, si el 50% restante posibilita razonablemente la implantación del uso. Decir que supone una restricción del 88% sobre la situación preexistente tampoco resulta relevante, ya que si lo que se quiere significar es que en la situación preexistente el 88% de los centros de culto de la entidad religiosa recurrente se hallaban instalados en locales viviendas colectivas, la ordenación impugnada salvaguarda la situación de los centros que ya estuvieran abiertos (art.6.3.23.2.5), y posibilita la implantación de los que se quieran abrir a partir de su entrada en vigor, en términos que no se ha acreditado resulte lesivos del derecho a la libertad religiosa >>.

Razonamientos que incorporamos en esta sentencia para dar integridad al debate, sin que, dada la conclusión alcanzada, sea necesario introducimos en los motivos sustantivos que traslada la demanda del presente recurso, en relación con los argumentos que en ella se incorporan y la prueba aportada, el informe pericial incorporado por la parte demandante y la prueba documental traída en periodo de prueba, valorada por la demandante y por el ayuntamiento en su escrito de conclusiones, que incidió en expedientes incoados en relación con locales de culto de distintas confesiones, que la demandante ha traído al proceso para oponerse a la justificación dada por la modificación en relación con las incidencias generadas en distintos locales de culto como consecuencia de su vinculación e inmediatez a edificios residenciales.

Todo ello al margen del carácter temporal que reconoce la propia modificación recurrida si estamos al punto 6 del art. 6.3.23.2, al regular las condiciones de los centros de culto, por quedar condicionada a lo que en su día se establezca por la legislación al respecto, que ha de entenderse se refiere, en relación con los antecedentes del expediente, a la regulación que en su caso pudiera aprobar, con rango de ley, el Parlamento Vasco, y ello al margen de la anunciada Ordenanza Local correspondiente.

SEXTO.- Costas.

Estando a los criterios en cuanto a costas del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, la estimación del recurso tiene como consecuencia la imposición de costas a la Administración demandada.

Es por los anteriores fundamentos, por los que este Tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

Que, estimando el **recurso 748/2013** interpuesto por el Consejo Evangélico del País Vasco y Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Bilbao, recaído en sesión de 25 de septiembre de 2013, que aprobó definitivamente la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana, consistente en introducir en sus Normas Urbanísticas dos nuevos artículos 6.3.23.1 y 6.3.23.2, referentes a la implantación de centros de culto, junto con los correspondientes ajustes de los artículos 6.3.20 y 6.3.37, publicada en el Boletín Oficial de Bizkaia nº 198, de 15 de octubre de 2013, debemos:

1º.- Declarar la nulidad del Acuerdo plenario recurrido.

2º.- Imponer las costas a la Administración demandada.

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, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0748 13, de 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 15ª LOPJ).

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

RECURSO /ERREKURTSOA: Ordinario 748/2013

SECCIÓN / ATALA: 2ª- HGI

DOCUMENTO QUE SE NOTIFICA/JAKINARAZTEN DEN DOKUMENTUA: SENTENCIA

DILIGENCIA DE COMUNICACIÓN FUERA DE SEDE TRIBUNAL CON EFECTO ART. 151.1 LEC

En Bilbao, a _____

La extiendo yo, el/la Auxiliar de la Administración de Justicia, para hacer constar que me constituyo en la sede de LETRADO DEL AYUNTAMIENTO DE BILBAO, con objeto de llevar a efecto el acto de comunicación acordado en las actuaciones de referencia.

Teniéndole presente, le hago entrega del documento que se indica en el encabezamiento de esta diligencia, en el que consta el recurso que cabe contra el mismo, el plazo y el órgano ante el que debe interponerse.

Realizado el acto de comunicación expresado, firma conmigo el receptor.

Firma del receptor / Hartzaillearen sinadura

Firma del funcionario / Funtzionarioaren sinadura