

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065954

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 19/2022, de 9 de febrero de 2022

Pleno

Cuestión de inconstitucionalidad núm. 3523/2021

(BOE de 10 de marzo de 2022)

SUMARIO:**Autonomía local. Atribución por la Ley autonómica de la aprobación de las modificaciones de los estatutos de las mancomunidades municipales al órgano de representación municipal de las propias mancomunidades. Inconstitucionalidad de la Ley autonómica.**

El art. 44 LBRL protege la libre asociación de los municipios configurando legalmente el derecho de asociación municipal, a su vez, expresión de la autonomía que los municipios tienen constitucionalmente reconocida. Libertad que ha de ser respetada por el legislador autonómico. **La exigencia básica de que la modificación de las mancomunidades se lleve a cabo por un procedimiento similar al de la constitución inicial** implica que, en la medida en que la reforma proyectada afecte sustancialmente a la autonomía local, los municipios mancomunados han de tener garantizada una capacidad decisoria equivalente a la ejercida para la aprobación del acuerdo inicial de creación de la entidad. Dicha afectación sustancial a la autonomía local se producirá, en principio, cuando la reforma altere o modifique alguno de los elementos que el art. 44.2 LBRL enuncia como contenido mínimo estatutario en tanto que en ellos se expresa la garantía de la autonomía de los municipios integrantes de la mancomunidad. En tales supuestos los municipios mancomunados han de tener garantizada una capacidad decisoria equivalente a la ejercida para la aprobación del acuerdo inicial de creación de la entidad. Ello implica que la aprobación de aquellas reformas estatutarias sustanciales deba corresponder a los plenos de todos los ayuntamientos mancomunados o realizarse mediante un procedimiento que asegure condiciones «similares» en la formación y expresión de la voluntad municipal.

La interpretación de que **el art. 44.4 LBRL exige la aprobación plenaria de cada uno de los ayuntamientos** (o fórmulas garantizadoras de una capacidad decisoria municipal equivalente) para la válida adopción de modificaciones estatutarias estructurales que afectan a la autonomía de cada municipio no es incompatible con el tenor del precepto y resulta a las claras de su finalidad, que es justamente, la que da soporte a la competencia estatal para interferir en cuestiones organizativas que corresponden primariamente a otros niveles de gobierno: el desarrollo de la autonomía municipal reconocida por la Constitución y la Carta europea de la autonomía local, contexto sistemático obligado de todas las normas sobre entes locales. Ciertamente, esta interpretación sigue abriendo márgenes de indeterminación, singularmente en cuanto a qué modificaciones, por afectar sustancialmente a la autonomía de los municipios mancomunados, exigen el reconocimiento a cada uno de una capacidad decisoria análoga a la ejercida en el momento constitutivo. Sin embargo, tal indeterminación supone simplemente el reconocimiento de márgenes de actuación a municipios y comunidades autónomas.

Al disponer que la aprobación de todas las modificaciones estatutarias, con independencia de su entidad, corresponden a un órgano de la mancomunidad, **el art. 74.2 de la Ley 5/2010 no garantiza que los municipios asociados, ante reformas sustanciales que afectan a su autonomía, puedan ejercer una capacidad decisoria semejante a la garantizada en el momento fundacional**, ni, en consecuencia, puede considerarse similar a la que prevé el art. 44 LBRL en punto a la aprobación inicial de esos estatutos. El órgano de representación de la mancomunidad al que se refiere el legislador andaluz asegura la presencia de miembros electos de todos los municipios, pero no el derecho de todo municipio a intervenir decisivamente al menos en las reformas estructurales que inciden sobre su autonomía. De acuerdo con el precepto autonómico y en contra de la previsión básica estatal, las mancomunidades pueden aprobar por sí reformas sustanciales, al margen de los plenos de los municipios mancomunados y sin que entren necesariamente en juego mecanismos que garanticen a todos los ayuntamientos el ejercicio de una capacidad decisoria análoga dentro del órgano de representación. En consecuencia, el régimen de aprobación de modificaciones de los estatutos de las mancomunidades de municipios regulado por la Ley 5/2010, en cuanto que, con independencia del alcance de la reforma estatutaria, atribuye en todo caso su aprobación a un órgano de la propia mancomunidad, no puede considerarse similar al establecido ex art. 44 LBRL para la constitución inicial. Consecuentemente, **se ha de declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal» del art. 74.2 de la Ley 5/2010, de autonomía local de Andalucía, por invadir la competencia que al Estado reserva el art. 149.1.18 CE.**

PRECEPTOS:

Carta Europea de Autonomía Local de 1985, arts. 3 y 10.
Constitución Española, arts. 137, 140 y 149.1.18.
Ley 7/1985 (LRBRL), art. 44.
Decreto de 17 de mayo de 1952 (Rgto. de población y demarcación territorial de las entidades locales), arts. 57 y 60.
Ley Andalucía 5/2010 (de autonomía local), arts. 66.10, 69, 70, 71, 74.2 y 76.1.

PONENTE:

Don Enrique Arnaldo Alcubilla.

ECLI:ES:TC:2022:19

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Pedro José González-Trevijano Sánchez, presidente; los magistrados don Juan Antonio Xiol Ríos, don Santiago Martínez-Vares García, don Antonio Narvárez Rodríguez, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón, don Ramón Sáez Valcárcel y don Enrique Arnaldo Alcubilla, y las magistradas doña Concepción Espejel Jorquera y doña Inmaculada Montalbán Huertas, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3523-2021, planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, respecto del inciso «y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal» del art. 74.2 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, por posible infracción del art. 149.1.18 CE. Han comparecido y formulado alegaciones el abogado del Estado; la fiscal general del Estado; el letrado del Parlamento de Andalucía; la letrada de la Junta de Andalucía; el procurador de los tribunales don Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación del Ayuntamiento de Marbella, con la asistencia letrada de doña Carmen Domínguez Aguilar, y el procurador don José Manuel Jiménez López, en nombre y representación de la Mancomunidad de la Costa del Sol Occidental, con la asistencia del abogado don Alfredo Solana López. Ha sido ponente el magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla.

I. Antecedentes

1. El 28 de mayo de 2021 tuvo entrada en el registro de este tribunal un oficio de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, al que se acompañaba, junto al testimonio del recurso de casación núm. 7312-2018, el auto de 17 de mayo del mismo año, por el que acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso «y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal» del art. 74.2 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, por posible infracción del art. 149.1.18 CE.

La previsión cuestionada se halla en la sección primera, «Mancomunidades de municipios», del capítulo segundo, «Entidades e instrumentos para la cooperación», del título quinto, «Cooperación territorial», de la indicada Ley andaluza 5/2010. El artículo que incluye el inciso cuestionado se refiere al procedimiento de modificación de los estatutos de las mancomunidades de municipios (art. 74). Sus dos primeros apartados disponen lo siguiente (en cursiva el inciso cuestionado):

«1. La modificación de los estatutos se regirá por lo previsto en los mismos, que deberá respetar, en todo caso, lo establecido en la presente ley.

2. La iniciativa para la modificación de los estatutos podrá partir de cualquiera de los municipios mancomunados o del órgano de gobierno de la mancomunidad, *y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal.* En su procedimiento serán trámites obligatorios el sometimiento a información pública por plazo mínimo de un mes y la audiencia a las diputaciones provinciales afectadas para que la informen en plazo no inferior a un mes.»

El precepto estatal cuya infracción determinaría la inconstitucionalidad del inciso cuestionado es el art. 44 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), relativo a las mancomunidades. Sus apartados 1 a 4 disponen lo siguiente (en cursiva las previsiones inmediatamente relevantes para el presente enjuiciamiento):

«1. Se reconoce a los municipios el derecho a asociarse con otros en mancomunidades para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia.

2. Las mancomunidades tienen personalidad y capacidad jurídicas para el cumplimiento de sus fines específicos y se rigen por sus estatutos propios. Los estatutos han de regular el ámbito territorial de la entidad, su objeto y competencia, órganos de gobierno y recursos, plazo de duración y cuantos otros extremos sean necesarios para su funcionamiento.

En todo caso, los órganos de gobierno serán representativos de los ayuntamientos mancomunados.

3. El procedimiento de aprobación de los estatutos de las mancomunidades se determinará por la legislación de las comunidades autónomas y se ajustará, en todo caso, a las siguientes reglas:

a) La elaboración corresponderá a los concejales de la totalidad de los municipios promotores de la mancomunidad, constituidos en asamblea.

b) La diputación o diputaciones provinciales interesadas emitirán informe sobre el proyecto de estatutos.

c) *Los Plenos de todos los ayuntamientos aprueban los estatutos.*

4. Se seguirá un procedimiento similar para la modificación o supresión de mancomunidades.»

2. Los antecedentes de hecho de la presente cuestión de inconstitucionalidad son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) En el año 1972, los plenos de varios municipios andaluces acordaron la constitución de la Mancomunidad de la Costa del Sol Occidental (en adelante, la Mancomunidad) al amparo del reglamento de población y demarcación territorial de las entidades locales, aprobado por decreto de 17 de mayo de 1952. Esta norma establecía que tanto el acuerdo de constitución de las mancomunidades municipales voluntarias como la modificación de sus estatutos exige la aprobación por mayoría cualificada de los plenos de cada uno de los ayuntamientos involucrados (arts. 57 y 60).

b) El Parlamento de Andalucía aprobó la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, cuya disposición adicional octava daba el plazo de un año a las mancomunidades de municipios para adaptar sus estatutos a la nueva regulación. La Dirección General de Administración Local de esta comunidad autónoma instó a la Mancomunidad a que procediera a adaptar sus estatutos a lo establecido en el art. 67.2 de la Ley andaluza 5/2010, que exige que el «órgano de representación municipal» de la mancomunidad «asegure la presencia de miembros electos de todos los municipios, sin que ninguno pueda ostentar la mayoría absoluta». También, que los representantes municipales sean designados por cada ayuntamiento «de forma proporcional a los resultados electorales obtenidos en las últimas elecciones».

c) Por acuerdo de 22 de septiembre de 2014, la comisión gestora de la Mancomunidad modificó los estatutos de la entidad. Creó un nuevo órgano de representación, la asamblea, ajustando su composición a una escala poblacional que comportaba el incremento de la representación de los municipios con más habitantes en detrimento de los menos poblados. La comisión gestora tuvo por definitivamente aprobado el indicado acuerdo sin someterlo a la aprobación de los plenos de los ayuntamientos mancomunados. Se apoyó al efecto en el art. 74.2 de la Ley andaluza 5/2010, conforme al cual la aprobación de la modificación de los estatutos «corresponderá en todo caso, al órgano de representación municipal».

d) Varios ayuntamientos que forman parte de la Mancomunidad (Casares, Istán, Ojén y Manilva) impugnaron el citado acuerdo por considerar que debió someterse a la aprobación de los plenos de cada uno de los municipios mancomunados. Por sentencia de 17 de julio de 2017, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estimó el recurso y, en consecuencia, anuló el citado acuerdo. Razonó que, dado el carácter voluntario de la integración de los municipios en la Mancomunidad, la modificación de los estatutos debió ajustarse al régimen vigente a la fecha de la constitución, máxime cuando la normativa posterior no se pronuncia expresamente sobre si la intervención de los plenos municipales es necesaria y estando ante una reforma sustancial que bien podría calificarse de aprobación de unos nuevos estatutos. La autonomía municipal que proclama y desarrolla la misma Ley andaluza 5/2010 quedaría vacía de contenido si, pese a la ausencia de una exclusión expresa de la intervención plenaria, se interpretara que la voluntad constitutiva puede verse sustituida por un hecho posterior, cual es la modificación normativa.

e) La Mancomunidad y otros ayuntamientos integrados en ella (Fuengirola y Marbella) interpusieron recurso de casación, que fue admitido por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo mediante auto de 25 de febrero de 2020. El interés casacional se cifró en la determinación de si la

modificación de los estatutos de la Mancomunidad debió someterse a la aprobación del pleno de los ayuntamientos mancomunados o si, como consecuencia del art. 74.2 de la citada Ley 5/2010, esa intervención plenaria ha devenido innecesaria.

f) Mediante providencia de 8 de abril de 2021, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo abrió un trámite de audiencia para que las partes y el Ministerio Fiscal alegasen sobre la conveniencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad de acuerdo con el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) respecto del inciso del art. 74.2 de la Ley 5/2010, de autonomía local de Andalucía, «corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal». Considera la Sala que este precepto podría no ser conforme al art. 44 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, que atribuye a los plenos de cada uno de los ayuntamientos la aprobación de los estatutos (art. 44.3), exigiendo un «procedimiento similar» para la modificación o supresión de las mancomunidades (art. 44.4).

g) Mediante escritos de 16, 20 y 26 de abril de 2021, los Ayuntamientos de Ojén, Casares e Istán, respectivamente, se opusieron al planteamiento de la cuestión. Todos ellos razonan que el término «similar» (art. 44.4 LBRL) permitiría concluir que el procedimiento de modificación de los estatutos debe incorporar los trámites estructurales previstos para la elaboración originaria, entre ellos la aprobación por parte de los plenos de cada uno de los municipios mancomunados. El art. 74.2 de la Ley andaluza 5/2010 no habría impuesto la aprobación de las modificaciones estatutarias en cada pleno municipal, pero tampoco la habría excluido. Puesto que debe respetarse en todo caso la legislación básica, cabría declarar la ilegalidad del acuerdo controvertido sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

h) Mediante escrito de 21 de abril de 2012, el Ministerio Fiscal manifestó que no se oponía al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Tras razonar que, en su concepto, cumple los requisitos procesales, incluido el juicio de relevancia, no se pronuncia sobre el fondo, por considerar que la determinación del contenido y alcance de ese «procedimiento similar» queda dentro del ámbito de interpretación propio y privativo de la jurisdicción constitucional.

i) Mediante sendos escritos de 23 de abril de 2021, la Mancomunidad y el Ayuntamiento de Marbella se oponen con otra argumentación al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. El art. 44.4 LBRL obligaría simplemente a que las reglas que llegue a fijar legítimamente el legislador autonómico en ejercicio de su competencia de desarrollo en cuanto al procedimiento de modificación de los estatutos de las mancomunidades de municipios sean similares y no rigurosamente idénticas a las previstas para la aprobación. El margen de desarrollo autonómico sería más amplio en punto al procedimiento de modificación. Al excluir la intervención de los plenos de los municipios mancomunados, el art. 74.2 de la Ley andaluza 5/2010 traduciría la legítima voluntad de facilitar ese procedimiento. El escrito del Ayuntamiento de Marbella añade que la autonomía local admite configuraciones legales diversas, sin que la ausencia de aprobación plenaria de las modificaciones estatutarias la comprometa. Los ayuntamientos pueden ejercerla efectivamente a través de sus representantes en el seno de la mancomunidad.

3. El auto de planteamiento cuestiona el inciso del art. 74.2 de la Ley andaluza 5/2010, que atribuye la aprobación de las modificaciones de los estatutos de las mancomunidades municipales a las propias mancomunidades, en concreto, a su órgano de representación. Ello entraría en contradicción con el art. 44.4 LBRL, norma básica que obliga a seguir un procedimiento «similar» al establecido para la constitución de las mancomunidades (art. 44.4 LBRL) y que impone con ello la aprobación de aquellas modificaciones por los plenos de cada uno de los ayuntamientos mancomunados (art. 44.3 LBRL). El precepto constitucional infringido sería el art. 149.1.18 CE, que da cobertura legal a esta previsión legal básica.

En cuanto al juicio de aplicabilidad y relevancia, la Sala razona que, si el inciso cuestionado fuera constitucionalmente legítimo, tendría que aplicarlo en sus propios términos, lo que conduciría indefectiblemente a la estimación del recurso. En cambio, si hubiera incompatibilidad entre la ley autonómica y la norma básica, solo el Tribunal Constitucional podría declarar la consiguiente vulneración del art. 149.1.18 CE, razón por la cual se ha elevado la presente cuestión de inconstitucionalidad.

El auto de planteamiento constata una situación inusual: ninguna de las partes considera procedente el planteamiento de la cuestión. No puede extrañar la oposición de las recurrentes: su recurso de casación se funda en el art. 74.2 de la Ley andaluza 5/2010, por lo que es lógico que defiendan su constitucionalidad. En cuanto a las partes recurridas no hay que olvidar que han obtenido una sentencia de instancia favorable sin necesidad de discutir la conformidad con la Constitución del indicado precepto. En cualquier caso, por lo mismo que las partes carecen de un derecho a que el órgano judicial plantee una cuestión de inconstitucionalidad, carecen también del derecho a que no la formule, si lo estima pertinente, como ocurre en el presente supuesto. Por lo demás, la Sala argumenta que son rechazables las interpretaciones que dispararían la duda de constitucionalidad.

La Sala se refiere primero a la argumentación de la sentencia impugnada, según la cual debe estarse al marco normativo en el que los ayuntamientos prestaron su consentimiento de adhesión. Es verdad que la pertenencia a las mancomunidades es libre, pero de aquí no se sigue forzosamente que el legislador no pueda alterar las reglas de organización y funcionamiento de aquellas o que o solo pueda hacerlo para las que se constituyan con posterioridad. Tampoco convence a la Sala la interpretación conjunta o armonizadora de las normas

autonómica y básica, según la cual la aprobación de la modificación estatutaria por el órgano de representación debería ser ratificada o confirmada por los plenos de los ayuntamientos mancomunados. El art. 74.2 de la Ley 5/2010 es tajante al establecer que «en todo caso» la decisión corresponde al órgano de representación municipal. Ante tan clara voluntad del legislador autonómico resulta prácticamente imposible afirmar que una decisión así configurada pueda ser luego sometida a la ratificación o confirmación de otros sujetos. A su vez, el legislador básico habría obligado al legislador autonómico a regular el procedimiento de modificación de los estatutos de las mancomunidades de municipios de modo «similar» al de su constitución, pero no habría establecido por sí, de modo directo e inequívoco, determinados trámites de obligado cumplimiento para esas mancomunidades.

Sentado cuanto precede, la Sala encuentra muy difícil sostener que el inciso «y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal» (art. 74.2 de la Ley andaluza 5/2010) es «similar», tal como exige el art. 44.4 LBRL, a la regla de aprobación inicial de los estatutos de las mancomunidades de municipios (art. 44.3 LBRL). Dicho de otro modo: es muy difícil afirmar que la aprobación de una modificación estatutaria por el órgano de representación municipal –que no deja de ser el órgano de la propia mancomunidad– es «similar» a la aprobación por los plenos de todos los ayuntamientos mancomunados. En este escenario, cualquier ayuntamiento mancomunado carece de un poder de veto, pues la decisión corresponde al órgano de representación de la mancomunidad. Esto puede resultar especialmente importante, como dicen las partes recurridas, cuando la modificación estatutaria incide sobre el sistema organizativo y de toma de decisiones de la mancomunidad, pues el peso de cada ayuntamiento mancomunado puede ser alterado sin su consentimiento. Es verdad que a los ayuntamientos disconformes siempre les cabría la posibilidad de abandonar la mancomunidad, pero se trata de un remedio drástico y tal vez demasiado costoso.

4. Mediante ATC 85/2021, de 15 de septiembre, el Pleno de este tribunal apartó del conocimiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad a la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, tras estimar justificada la causa de abstención formulada por ella.

5. Por providencia de 16 de septiembre de 2021, el Pleno, a propuesta de la Sección Segunda, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad; reservar para sí su conocimiento; dar traslado de las actuaciones recibidas al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno, al fiscal general del Estado, al Parlamento de Andalucía y al Consejo de Gobierno de esta comunidad autónoma para que en el plazo de quince días pudieran personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimasen convenientes, de acuerdo con lo establecido por el art. 37.3 LOTC; comunicar esa resolución a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a fin de que, de conformidad con el art. 35.3 LOTC, permaneciese suspendido el proceso hasta la resolución de la presente cuestión; y publicar su incoación en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

6. Mediante sendos escritos registrados el 30 de septiembre de 2021, los presidentes del Senado y del Congreso de los Diputados comunicaron los acuerdos adoptados por las mesas de las respectivas cámaras de personación en el presente proceso constitucional y ofrecimiento de colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

7. Mediante escrito registrado el 29 de septiembre de 2021, el procurador de los tribunales don José Manuel Jiménez López, en nombre y representación de la Mancomunidad, solicitó que se le tuviera por personado y parte en las presentes actuaciones. Acreditó *apud acta* su representación, previo requerimiento del secretario de justicia del Pleno del Tribunal Constitucional de 6 de octubre de 2021, mediante escrito registrado el 15 de octubre siguiente.

8. Por escrito registrado el 4 de octubre de 2021, el procurador de los tribunales don Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación del Ayuntamiento de Marbella, solicitó que se le tuviera por personado y parte en este procedimiento.

9. El 15 de octubre de 2021 tuvo entrada en el registro general de este tribunal el escrito del abogado del Estado por el que solicita la estimación íntegra de la cuestión y, por tanto, la declaración de inconstitucionalidad del art. 74.2 de la Ley andaluza 5/2010. A su parecer, no serían equiparables, en cuanto a su configuración y sujeto colectivo representado, el pleno de un ayuntamiento, que es la instancia de representación popular directa, y el órgano ejecutivo de la corporación local o de la entidad asociativa, que no representa directamente a los ciudadanos. El precepto cuestionado, al atribuir al órgano de gobierno de la mancomunidad la competencia para modificar los estatutos de esta entidad asociativa, no habría establecido un procedimiento «similar» al de la aprobación, que es responsabilidad de los plenos de los ayuntamientos mancomunados. El «órgano de representación municipal» al que se refiere el art. 74.2 de la Ley 5/2010 no representa a los ciudadanos, sino a los socios de la mancomunidad, creada por voluntad institucional de varios municipios, como órgano ejecutivo o gestor, lo que no se adecúa al art. 44 LBRL, que es norma básica. Se habría producido pues una inconstitucionalidad mediata por vulneración de legislación básica aprobada al amparo del art. 149.1.18 CE.

10. Mediante escrito de 15 de octubre de 2021, el letrado del Parlamento de Andalucía, en la representación que de este ostenta, solicita la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Sostiene que ninguna norma jurídica exige de forma expresa, clara y rotunda, que las modificaciones de los estatutos de las mancomunidades se aprueben por acuerdo plenario de todos los ayuntamientos que la conforman. El art. 44.4 LBRL se limita a reseñar que el procedimiento será «similar» al de aprobación. Al utilizar el concepto «similar», deja suficiente margen para que el legislador autonómico pueda articular un procedimiento de modificación que, guardando analogía o parecido con el de aprobación, introduzca determinadas especialidades. Dentro de dichos límites, cabe que los ayuntamientos intervengan en el acuerdo modificativo a través del órgano de representación municipal de la mancomunidad, en el que se encuentran proporcionalmente representados y donde ninguno de ellos goza de mayoría absoluta. La norma estatal básica no impone la unanimidad del plenario de cada una de las corporaciones locales. Lo habría hecho solo si hubiera exigido que el procedimiento de modificación fuera idéntico o igual al de aprobación de los estatutos. Respecto a la modificación, cuyo alcance material puede ser muy diverso, resultaría excesiva la atribución de un «derecho de veto» para cada municipio, pues terminaría convirtiéndose, a la postre, en un obstáculo paralizante y fatal para el funcionamiento racional y eficiente de la mancomunidad. De seguirse el criterio de las partes que se oponen a su constitucionalidad, un solo municipio, aunque su representatividad fuera ínfima dentro del conjunto, podría bloquear con su solitario voto en contrario el deber legal de adaptación que se recoge en la disposición final octava de la Ley andaluza 5/2010. Una excepción a la regla general de mayoría simple no puede suponerse o presumirse, sino que debe ser afirmada por las normas jurídicas con un carácter terminante y preciso. Por lo demás, la identificación precisa, por parte de la normativa estatal, del órgano concreto al que corresponde aprobar y resolver los expedientes de disolución de los estatutos de las mancomunidades, constituiría una clara extralimitación competencial (STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 8 *in fine*).

11. El 25 de octubre de 2021 tuvo entrada en el registro de este tribunal el escrito de alegaciones de la letrada de la Junta de Andalucía, en la representación que por su cargo ostenta, por el que se opone a la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Señala que el art. 44 LBRL regula en dos apartados distintos la aprobación y la modificación de los estatutos de las mancomunidades, lo que, junto al hecho de que no exija idéntico procedimiento, evidencia claramente la voluntad del legislador de distinguir uno y otro. La distinción responde a que, en la aprobación de los estatutos de las mancomunidades municipales, las únicas entidades locales existentes son los municipios, razón por la cual el legislador básico considera fundamental garantizar la participación de cada uno de los ayuntamientos intervinientes en la creación de la mancomunidad. Sin embargo, las modificaciones estatutarias se producen en un momento posterior, cuando los municipios ya están asociados y existe una entidad local nueva, que, aunque es fruto de la voluntad de todos ellos, cuenta con personalidad jurídica propia independiente de los municipios asociados. De ahí que la Ley reguladora de las bases del régimen local no haya exigido un procedimiento idéntico sino solo similar al previsto para la aprobación de los estatutos. El órgano de representación municipal de la mancomunidad, tal como está configurado en la Ley andaluza 5/2010, equivale a los plenos de cada uno de los municipios asociados, habida cuenta de que la presencia de todos ellos está garantizada, prohibiéndose que ninguno pueda ostentar la mayoría absoluta. Esta circunstancia, junto al necesario respeto a la autonomía de la mancomunidad como entidad local distinta de los municipios, ha llevado al legislador andaluz a residenciar en aquel órgano la competencia para aprobar las modificaciones estatutarias. Garantiza de paso esa ley el buen funcionamiento de la mancomunidad ante las posibles demoras y dificultades que pueden suponer que cualquier modificación estatutaria exija la aprobación por parte de los plenos de cada uno de los municipios mancomunados. Cabe afirmar, en suma, que los procedimientos de aprobación y modificación son similares, pues ambos garantizan que el contenido de los estatutos sea fruto de la voluntad de todos los municipios, así como la intervención de los representantes de todos ellos. Por lo demás, nada impide que los estatutos de la mancomunidad establezcan la exigencia de aprobación de las modificaciones por parte los plenos de todos los municipios.

12. La fiscal general del Estado, mediante escrito registrado el 29 de octubre de 2021, solicita la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Alega que la similitud exigida por el art. 44 LBRL se enmarca en un contexto constitucional en el que las mancomunidades de municipios participan de la autonomía de estos para la satisfacción de sus intereses en determinados ámbitos de actividad. Esa autonomía municipal, tal como ha sido desarrollada por el legislador básico, exige «la necesaria participación» de sus titulares, es decir, los municipios, en «la elaboración de los estatutos o normas que rigen el funcionamiento de la mancomunidad», y más específicamente «que su aprobación se atribuya a los Plenos de los ayuntamientos», conclusión a su vez confirmada y reforzada desde el punto de vista del principio democrático, fundamento mismo de la autonomía municipal (STC 111/2016), en cuanto dicho ejercicio afecta particularmente a los intereses de la comunidad.

La idea de una transferencia parcial hacia la mancomunidad, para un ámbito determinado de actividad, de una parcela de la potestad decisoria que comporta la autonomía municipal (STC 32/1981), se ajusta sin duda al concepto de representación con el que operan tanto la norma autonómica (art. 67 de la Ley andaluza 5/2010) como la básica estatal (párrafo segundo del art. 44.2 LBRL), pero no exige forzosamente tener por igualmente transferida o cedida la autonomía misma de la que emanan ese poder de decisión y la voluntad de mancomunarlos. Al

contrario, la doctrina constitucional insiste en que la mancomunidad solo participa de la autonomía municipal, sin llegar a desplazarla o sustituirla. De ahí que no parezca *a priori* irrazonable que una modificación sustancial de aquella configuración inicial pueda requerir las mismas condiciones –y el mismo cauce formal– de expresión de esa autonomía que el acto constitutivo originario.

Cabe afirmar, más precisamente, que, si para adoptar aquellas decisiones a las que pueda atribuirse un peso relevante en el terreno de la afectación particular de los intereses de la comunidad municipal se impone, en el momento de la transferencia inicial del poder decisorio, un determinado estándar de aplicación del principio democrático (la aprobación por todos los plenos municipales), la exigencia legal de un procedimiento similar encierra justamente la necesidad del mismo estándar para alterar o cambiar de forma sustancial el contenido y resultado de lo inicialmente decidido. Máxime cuando el cometido esperable de esa norma legal (básica) es desarrollar la garantía constitucional de la autonomía municipal, según la doctrina constitucional (STC 103/2013). La similitud que requiere la norma básica ha de entenderse referida pues a la preservación de la autonomía municipal.

El razonamiento expuesto podría concretarse del modo siguiente: (i) en la expuesta perspectiva constitucional, la exigencia de que los estatutos de una mancomunidad de municipios sean aprobados por los plenos de los ayuntamientos está directamente vinculada a al principio de autonomía municipal (y al principio democrático que le dota de fundamento) en atención a la afectación particular de intereses de la comunidad; (ii) en ese mismo plano constitucional, la modificación de los estatutos de una mancomunidad de municipios deberá considerarse similar a la aprobación de dichos estatutos en la medida en que afecte de manera equivalente al principio de autonomía municipal; (iii) por consiguiente, siempre que en la modificación de los estatutos, atendiendo a su contenido y efectos, se dé esa equivalencia, la preservación de la autonomía municipal exige interpretar que el procedimiento similar que impone la norma básica debe incluir la aprobación por los plenos de los ayuntamientos.

La exigencia de aprobación municipal, vinculada al concreto objeto, contenido y alcance de la reforma estatutaria, ofrece cierto grado de incertidumbre o indeterminación, que abre la puerta a regulaciones diferenciadas de las comunidades autónomas, expresión de su competencia para desarrollar las bases del régimen local; e, incluso, de los propios municipios con ocasión del ejercicio de su autonomía al configurar los estatutos de la mancomunidad. No está de más observar a este respecto que el tenor literal del art. 44 LBRL no hace referencia a la modificación de los estatutos, sino a la modificación «de las mancomunidades», lo que podría favorecer (y desde luego no excluye), a efectos de aplicación de la propia norma, la valoración de la concreta trascendencia, en intensidad o en extensión, que quepa atribuir a la clase de reforma estatutaria de que se trate.

La equivalencia en la forma de ejercicio de la autonomía municipal como regla básica para la modificación de los estatutos ni siquiera tendría por qué implicar dentro de ese margen de configuración autonómica, la preceptiva intervención de los plenos de todos los ayuntamientos mancomunados en el procedimiento de aprobación. Existen sin duda otras soluciones más o menos imaginativas susceptibles de conducir a un resultado similar, como la introducción de técnicas de voto ponderado para la adopción de este tipo de decisiones en el seno de los propios órganos de representación de la mancomunidad, que permitieran trasladar fielmente el sentido de la decisión de cada ayuntamiento al resultado final del acuerdo. Lo que obviamente no se produce –o no necesariamente–, por ejemplo, a través de un sistema de representación proporcional directa basado en el volumen de población como el que diseñan los estatutos modificados de la Mancomunidad que se hallan en el origen de este procedimiento.

La circunstancia de que el municipio pueda abandonar la mancomunidad no podría servir para afirmar que las modificaciones sustanciales aprobadas en contra de su voluntad preservan esencialmente el estándar de participación local garantizado en el momento constitutivo inicial. Aunque separarse de la mancomunidad fuera fácil o poco costoso, ello no excusaría o compensaría la insuficiencia. Lo determinante es que la norma autonómica asegure el derecho de los ayuntamientos a participar en las decisiones de la mancomunidad con arreglo, como mínimo, al estándar que fija la legislación básica, y no el derecho a marcharse de la mancomunidad cuando la ley autonómica o los propios estatutos de la mancomunidad no les garantizan ese estándar de participación. En cualquier caso, con una regulación como la andaluza puede ser, no ya excesivamente costoso, sino prácticamente imposible. Fuera del caso de la separación forzosa, impuesta por una decisión del propio órgano de representación de la mancomunidad, el art. 76 de la Ley 5/2010 no solo no regula un procedimiento específico para que un municipio pueda apartarse voluntariamente, sino que condiciona el ejercicio de ese derecho «a la liquidación de las deudas que se mantengan, al abono de la parte del pasivo de la mancomunidad que, en ese momento, le sea proporcionalmente imputable, y al pago de los gastos que se deriven de la separación». De modo que, si al ejercicio inicial de autonomía del municipio en cuestión, plasmado en su incorporación a la mancomunidad, sobreviene un cambio ulterior de las condiciones que puede afectar a dicha autonomía, la única salida más o menos forzada con la que cuenta ese municipio, que podría ser el abandono de la mancomunidad, se puede ver seriamente limitada

por las condiciones que a su vez la Ley 5/2010 impone para la separación. Con lo que la incidencia sobre dicha autonomía se hace aún más patente.

En conclusión, la exigencia básica, contenida en el art. 44 LBRL, de que la modificación de los estatutos de las mancomunidades se lleve a cabo por un procedimiento similar al de su aprobación inicial implica que, al menos en la medida en que esa modificación afecte a la autonomía municipal (abarcando, como mínimo, los aspectos que el propio art. 44 LBRL enuncia como contenido necesario de los estatutos), el grado y modo de ejercicio de dicha autonomía de los municipios en este contexto sea equivalente al que la misma ley impone para el acuerdo inicial de constitución de la mancomunidad. Es decir, la aprobación por los plenos de todos los ayuntamientos mancomunados u otro procedimiento que asegure condiciones «similares» en la formación y expresión de su voluntad, pero también resultados equivalentes a los que produciría esa intervención directa.

Únicamente Andalucía prescinde en su ley con carácter general —es decir, en todo caso— de la intervención directa de los ayuntamientos en el procedimiento de aprobación de la modificación de los estatutos de las mancomunidades. Varias comunidades autónomas someten expresa y directamente cualquier modificación de esos estatutos a la aprobación por todos los plenos de los ayuntamientos mancomunados (así ocurre en el caso de Extremadura, Galicia, Islas Baleares, La Rioja y Murcia). En otros casos, la norma autonómica distingue el procedimiento que ha de seguirse precisamente en atención al contenido de la modificación (así, en las comunidades autónomas de Aragón, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Comunidad valenciana, Madrid y Navarra). Otras comunidades autónomas carecen de una regulación al respecto (Asturias, Cantabria, Cataluña, País Vasco).

No corresponde al Ministerio Fiscal (ni siquiera al Tribunal Constitucional en el concreto marco de esta cuestión de inconstitucionalidad) formular propuestas o hipótesis acerca de como articular el procedimiento similar al de la aprobación de estatutos que exige para su reforma el art. 44 LBRL. Tampoco entrar a valorar la eventual constitucionalidad de cada una de las soluciones normativas examinadas. No obstante, la exposición precedente pone de manifiesto la consistencia de la tesis sugerida en cuanto que la similitud de procedimiento que exige la Ley reguladora de las bases del régimen local puede entenderse circunscrita a determinados aspectos básicos del contenido de los estatutos, y no a cualquier reforma que pueda incluir aquellas de menor entidad. En esas leyes autonómicas puede adivinarse el propósito de evitar que la regla de aprobación unánime por los ayuntamientos genere un efecto desproporcionadamente paralizante del funcionamiento de la mancomunidad, cuando en ello no se encuentre realmente comprometida la autonomía de los municipios que la integran, ni se trate de cuestiones que «afectan particularmente a la comunidad local» o «conectan de modo especial con el principio democrático».

Al disponer en su art. 74.2 que la competencia para aprobar las modificaciones de los estatutos de las mancomunidades de municipios corresponde en todo caso al órgano de representación municipal, la Ley 5/2010, de autonomía local de Andalucía, no garantiza el ejercicio de la autonomía de dichos municipios en términos equivalentes, a efectos constitucionales, a aquellos en que la norma básica (art. 44 LBRL) asegura y concreta dicha autonomía en el procedimiento de aprobación de los estatutos, cuando exige la participación directa y la aprobación de cada uno de los plenos de los ayuntamientos implicados. Por tanto, el procedimiento de modificación de estatutos de las mancomunidades de municipios así regulado no puede considerarse similar al que establece el art. 44 LBRL. Incumple así el tenor y finalidad de esta previsión básica y, derivadamente, invade de modo mediato la competencia que reserva al Estado el art. 149.1.18 CE.

No cabe la interpretación armonizadora propuesta, que consiste, en síntesis, en admitir que los propios estatutos de la mancomunidad puedan exigir que después de aprobada su reforma por el referido órgano de representación, deba además recabarse la aprobación de todos los plenos de los ayuntamientos mancomunados. De aceptarse la intervención paralela del órgano de representación y los ayuntamientos, o bien no se concede valor decisorio a la intervención de los municipios, negándole así a su participación una eficacia similar a la que tiene en la decisión de aprobar los estatutos, por lo que la interpretación no sería conforme a la Constitución, o bien se asume que la eventual desaprobación por un pleno municipal impide la aprobación de la reforma, de modo que la facultad de aprobarla ya no «corresponderá, en todo caso» al órgano de representación, sino solo en el caso de que sea ratificada por todos los plenos municipales; y, en consecuencia, la «interpretación» sería conforme a la Ley reguladora de las bases del régimen local y a la Constitución, pero patentemente contraria al texto de la Ley 5/2010 e incompatible con ella, es decir, derogatoria de la norma cuestionada, para lo cual se precisa una declaración del Tribunal Constitucional.

13. Mediante escrito registrado el 3 de noviembre de 2021, el procurador don Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación del ayuntamiento de Marbella, se opuso a la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Alega que el art. 74.2 de la Ley 5/2010 sería un simple desarrollo autonómico de las bases estatales previstas en el art. 44.3 LBRL. Equiparar la aprobación de los estatutos de la mancomunidad a cualquier modificación implicaría un rigorismo y formalismo excesivos en el funcionamiento ordinario de la entidad, fomentando la paralización de su actividad en caso de falta de unanimidad de los municipios mancomunados. La garantía constitucional de la autonomía local exige un mínimo de participación de los ayuntamientos en los asuntos que les atañen, que la previsión autonómica respeta en este caso al atribuir la aprobación de las modificaciones

precisamente al órgano de representación municipal, La circunstancia de que la ley andaluza lleve aplicándose durante más de diez años sin que nadie haya puesto en tela de juicio su constitucionalidad indicaría que se han respetado los principios democrático y de representatividad.

14. Mediante escrito registrado el 11 de noviembre de 2021, el procurador don José Manuel Jiménez López, en nombre y representación de la Mancomunidad solicitó la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por estar notoriamente infundada y, subsidiariamente, su desestimación.

Sostiene que la cuestión sería inadmisibile por cuanto que el Tribunal Supremo habría incumplido la carga de exteriorizar los elementos fundamentales de su duda de constitucionalidad (STC 177/2019, de 18 de diciembre), al limitar a afirmar por dos veces que la regla del art. 74.2 de la Ley andaluza 5/2010 no es similar a la prevista en el art. 44.3 c) LBRL para la aprobación inicial de los estatutos de la mancomunidad. Con ello enuncia la duda, pero no la explica, ni desarrolla el análisis pormenorizado que exige la doctrina constitucional. El Tribunal Supremo nada dice para demostrar que el procedimiento similar de modificación estatutaria, por entregado que esté al legislador autonómico de desarrollo ex art. 44.3 LBRL, debe en cualquier caso, y para poder serlo, incorporar forzosamente la regla de que la correspondiente modificación estatutaria sea aprobada por el pleno de todos los ayuntamientos mancomunados. El hecho de que estos no dispongan de un poder de veto en el procedimiento de modificación estatutaria, como alerta el auto de planteamiento, nada dice tampoco sobre las razones que justifican la duda constitucional. Tampoco, por la misma razón, la posible consecuencia sobre la que llama la atención el auto de planteamiento acerca de la posibilidad de que por vía de la modificación estatutaria pueda alterarse el peso de cada uno de los ayuntamientos mancomunados en la toma de decisiones de la mancomunidad sin su respectivo consentimiento. La ausencia de una suficiente justificación de la duda de constitucionalidad planteada es tan notoria y difícilmente disculpable que el órgano judicial proponente, para ser congruente con esa posible interpretación, debería haber cuestionado entonces no solo el inciso considerado, sino también el primer inciso del propio art. 74.2 de la Ley 5/2010, según el cual «la iniciativa para la modificación de los estatutos podrá partir de los municipios mancomunados o del órgano de gobierno de la mancomunidad».

Entrando al fondo del asunto, afirma el representante procesal de la Mancomunidad que es sencillamente incontrovertible que «similar» no es sinónimo de «igual» o «idéntico» y que, por tanto, el procedimiento de modificación estatutaria no tiene que coincidir exactamente con el previsto para la aprobación inicial de los estatutos ni, por tanto, incorporar sus mismas reglas. La aprobación de la modificación estatutaria por los plenos de todos los ayuntamientos mancomunados, como sugiere el auto de planteamiento, o por el órgano de representación municipal, son dos reglas que se parecen desde luego bastante, supuesto que, como exige el art. 44.2 LBRL y confirma el art. 67 de la Ley 5/2010, en este último órgano municipal está asegurada «la presencia de miembros electos de todos los municipios [mancomunados]». La tesis de que la regla de aprobación del art. 74.2 de la Ley 5/2010 no es similar a la prevista en el art. 44.3 c) LBRL es una conclusión contraria al sentido gramatical de las palabras, así como a una interpretación sistemática que atienda a su sentido y finalidad.

No es jurídicamente indiferente que esa intervención se produzca en el momento de la constitución misma de la mancomunidad o una vez constituida, cuando ha adquirido ya plena personalidad y capacidad jurídicas. En el primer momento, la decisión de constituir o incorporarse a una mancomunidad es expresión del ejercicio de la libertad positiva de asociación que, como manifestación de la autonomía local, tienen reconocida todos los municipios. En el segundo momento es lógico que esa exigencia básica pierda algo de intensidad. Pues ya no se trata de garantizar la autonomía local de los municipios mancomunados ni su libertad de asociación, que sencillamente no se arriesga, sino de respetar precisamente la facultad de la mancomunidad constituida de disposición sobre la propia organización y su régimen jurídico. Porque en la determinación del procedimiento de modificación estatutaria no está directamente comprometida la autonomía local de los municipios mancomunados ni su núcleo primario e indisponible, el legislador básico no ha impuesto la exigencia de que las modificaciones estatutarias sean aprobadas por los plenos de todos los ayuntamientos. Por si no fuera suficiente todo lo anterior, la interpretación del art. 44.4 LBRL que aquí se defiende está, de hecho, tan arraigada en la práctica del desarrollo legislativo, que varias leyes autonómicas han sancionado similares reglas, sin haber recibido nunca ninguna tacha por ese motivo (es el caso de las comunidades autónomas de Castilla-La Mancha, Galicia y Navarra).

15. Mediante providencia de 8 de febrero de 2022, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 9 de febrero de 2022.

II. Fundamentos jurídicos

1. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso «y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal» del art. 74.2 de la Ley 5/2010, de autonomía local de Andalucía. Esta norma atribuye la aprobación de las modificaciones de los estatutos de las mancomunidades municipales a las propias mancomunidades; más precisamente, a su órgano de representación. Ello entraría en contradicción con el art. 44.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora

de las bases del régimen local, que obliga a seguir un procedimiento «similar» al establecido para la constitución de las mancomunidades, imponiendo así la aprobación de aquellas modificaciones por parte de los plenos de cada uno de los ayuntamientos mancomunados (art. 44.3 LBRL). Al no ajustarse a la indicada previsión básica, el legislador andaluz habría invadido mediatamente la competencia que el art. 149.1.18 CE reserva al Estado. Los preceptos que contienen el inciso cuestionado y la norma invocada como parámetro de contraste han quedado reproducidos íntegramente en el primer antecedente de esta sentencia.

La fiscal general del Estado y el abogado del Estado solicitan la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad. Se oponen a ello por razones de fondo el Parlamento de Andalucía, el Gobierno de dicha comunidad autónoma, el Ayuntamiento de Marbella y la Mancomunidad de la Costa del Sol Occidental; esta última solicita con carácter principal la inadmisión de la cuestión, bajo la consideración de que el Tribunal Supremo no ha exteriorizado suficientemente los motivos que le hacen dudar de la constitucionalidad del inciso legal cuestionado. De este óbice habremos de ocuparnos en primer término.

2. Como se ha señalado, la representación procesal de la Mancomunidad alega que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha incumplido la carga de justificar suficientemente la duda de constitucionalidad.

La lectura del auto de planteamiento arroja, sin embargo, la conclusión contraria. El Tribunal Supremo ha razonado que la legislación básica, al imponer a los municipios y a las comunidades autónomas que el procedimiento de modificación de las mancomunidades sea similar al de su constitución (art. 44.4 LBRL), está confiándoles la regulación de la variedad de trámites que componen aquel procedimiento con una relevante condición: la aprobación ha de corresponder a los plenos de cada uno de los ayuntamientos asociados. Según el Tribunal Supremo, la aprobación por un órgano de la propia mancomunidad no podría reputarse «similar» o equivalente a la aprobación por los plenos de todos los ayuntamientos asociados, lo que sería particularmente patente cuando la modificación estatutaria incide sobre el régimen organizativo y de toma de decisiones de la mancomunidad –como ocurre en el pleito *a quo*–, pues de otro modo el peso de cada ayuntamiento mancomunado podría ser alterado sin su consentimiento. Los municipios solo podrían expresar su autonomía constitucionalmente garantizada abandonando la mancomunidad, que es un remedio drástico y tal vez excesivamente costoso. Al no ajustarse a la indicada previsión básica, el legislador andaluz (art. 74.2 de la Ley 5/2010) habría invadido mediatamente la competencia que el art. 149.1.18 CE reserva al Estado. El auto de planteamiento expone igualmente varias interpretaciones suscitadas en el procedimiento judicial *a quo*, descartándolas y, con ello, afirma el carácter insalvable en este punto de la contradicción entre la legislación básica y la autonómica de desarrollo.

A la vista de estos razonamientos, cabe apreciar que en el auto de planteamiento de la cuestión se exterioriza con toda claridad la duda de constitucionalidad, sin omisión de sus elementos fundamentales [entre otras, STC 177/2019, de 18 de diciembre, FJ 2 b)]. Procede pues rechazar la objeción formulada por la Mancomunidad y entrar a examinar la duda de inconstitucionalidad mediata que plantea el Tribunal Supremo. Ello implica, en primer lugar, determinar si la previsión estatal que se dice infringida por el precepto autonómico cuestionado es una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución ha reservado al Estado; si así fuere, habrá entonces que determinar su concreto significado o alcance para verificar después si el precepto autonómico lo contradice de modo efectivo e insalvable por vía interpretativa (entre otras muchas, SSTC 39/2014, de 11 de marzo, FJ 3; 162/2014, de 7 de octubre, FJ 3, y 214/2015, de 22 de octubre, FJ 2).

3. Para valorar si el art. 44.4 LBRL puede reputarse legislación básica, corresponde empezar por recordar que, en punto a la organización, funcionamiento e instrumentos de colaboración de los municipios, la competencia estatal *ex art.* 149.1.18 CE se contrae en buena medida al régimen de los órganos de gobierno y al reparto entre ellos de las atribuciones locales (STC 33/1993, de 1 de febrero, FJ 3). Todo lo demás corresponde primariamente a los propios municipios por virtud de su autonomía constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE). La Constitución no excluye el juego de otra legislación, pero esta «ha de ser, en principio, autonómica» (STC 41/2016, FJ 5, partiendo de las SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 5; 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 6, y 50/1999, de 6 de abril, FJ 3).

De modo que «las técnicas organizativas y los instrumentos de cooperación forman parte, de entrada, de la potestad de auto organización local y de las competencias sobre régimen local que tienen atribuidas las comunidades autónomas» [STC 45/2017, de 27 de abril, FJ 4, citando la STC 41/2016, FJ 8 b)]. En esta submateria, la extensión de las bases debiera ser pues reducida, limitada a un núcleo de elementos comunes o uniformes en función de los intereses generales a los que sirve el Estado, sin que quepa agotar el espacio normativo que corresponde a los municipios y a las comunidades autónomas. No siendo las mancomunidades «entidades locales» previstas en la Constitución, una regulación estatal podría exceder del ámbito de lo básico «si no fuera necesaria para garantizar la autonomía de los municipios mancomunados» [SSTC 143/2013, de 11 de julio, FJ 4; 41/2016, FJ 5; en este sentido, ya la STC 103/2013, de 25 de abril, FJ 3 a)]. De modo que el Estado no puede regular el entero procedimiento de constitución y modificación de las mancomunidades. Puede todo lo más establecer alguna

previsión instrumental de la autonomía local, sin perjuicio de las que pudieran eventualmente apoyarse en otros principios constitucionales [STC 41/2016, FJ 8 b]).

Este tribunal ha declarado ya que el art. 44 LBRL protege la libre asociación de los municipios configurando legalmente el derecho de asociación municipal, a su vez, expresión de la autonomía que los municipios tienen constitucionalmente reconocida (arts. 137 y 140 CE). Libertad que ha de ser respetada por el legislador autonómico [en ese sentido, STC 105/2019, de 19 de septiembre, FJ 5 b]).

También ha afirmado el carácter materialmente básico de las reglas relativas al procedimiento de constitución de las mancomunidades (art. 44.3 LBRL), atendiendo, precisamente, a su propósito garantizador de la autonomía local: la elaboración corresponderá a los concejales de la totalidad de los municipios promotores; las diputaciones involucradas emitirán informe sobre el proyecto de estatuto; los plenos de todos los ayuntamientos aprobarán los estatutos [SSTC 103/2013, FJ 3 a); 143/2013, de 11 de julio, FJ 4]. El art. 44.4 LBRL se limita a trasladar algunos de esos elementos tuitivos de la autonomía local al procedimiento de modificación y supresión de las mancomunidades: «Se seguirá un procedimiento similar para la modificación o supresión de mancomunidades». Se trata, por tanto, de una previsión formal y materialmente básica, lo que, por lo demás, ninguna de las partes de este proceso ha puesto en duda.

4. A fin de desentrañar el significado y alcance de la exigencia básica encerrada en el art. 44.4 LBRL, no está de más recordar que el régimen local preconstitucional, al regular con más detalle las mancomunidades municipales voluntarias, precisaba con toda claridad que tanto la aprobación como la modificación de los estatutos exigía el voto favorable de una mayoría cualificada de concejales de los plenos de cada uno de los ayuntamientos involucrados (arts. 57 y 60 del Reglamento de población y demarcación territorial de las entidades locales, aprobado por decreto de 17 de mayo de 1952).

El legislador básico es ahora menos preciso, lo que no significa necesariamente que haya querido rebajar aquellas cotas preconstitucionales de autonomía municipal. Al limitarse a establecer que la modificación seguirá un procedimiento similar al de la constitución, el legislador estatal se hace cargo de que a él no le corresponde ahora regular acabadamente estas cuestiones. Han de hacerlo los propios municipios en ejercicio de una autonomía que tienen ya constitucionalmente reconocida, con sujeción, en su caso, a leyes autonómicas de régimen local, así como a una serie mínima de condiciones básicas instrumentales de esa garantía constitucional establecidas por la legislación del Estado ex art. 149.1.18 CE, entre ellas, justamente, la exigencia de que la modificación de las mancomunidades se ajuste a un procedimiento similar al seguido para su constitución, que requiere la aprobación del pleno de cada uno de los ayuntamientos concernidos.

Una regla básica relativamente indeterminada como la establecida en el art. 44.4 LBRL supone pues, de un lado, el reconocimiento de márgenes de actuación tanto a los municipios, en cuanto entes locales con autonomía constitucionalmente garantizada, como a las comunidades autónomas, en cuanto instancias políticas competentes para regular el régimen local, de acuerdo con sus estatutos de autonomía [SSTC 41/2016, FFJJ 7 b) y c); 111/2016, de 9 de junio, FJ 12 c)]. Implica, de otro lado, que unos y otras han de ajustarse a una limitación establecida con carácter básico a fin de garantizar efectivamente la autonomía de cada uno de los primeros frente a las decisiones de las segundas o de la propia mancomunidad, como entidad local instrumental con personalidad jurídica propia (art. 44.2 LBRL), pero carente de autonomía constitucionalmente garantizada.

A fin de aquilatar el alcance de esta limitación corresponde señalar, en primer término, que, de entre la pluralidad de trámites del procedimiento de reforma estatutaria, la exigencia de similitud respecto del procedimiento constitutivo de la mancomunidad incide particularmente en la fase de aprobación, pues esta es la que más afecta a la autonomía de los municipios mancomunados; autonomía municipal cuya protección es la razón de ser de la legislación básica en esta materia, según se ha visto. De modo que el margen de maniobra reconocido a los municipios y a las comunidades autónomas para regular el procedimiento de modificación de los estatutos de las mancomunidades es más estrecho respecto de la aprobación que en relación con la iniciación y la instrucción.

En segundo lugar, la exigencia de similitud en esta fase de aprobación será tanto más incisiva cuanto más relevante sea la modificación estatutaria de que se trate, pues la autonomía municipal (a cuya garantía sirve el art. 44.4 LBRL, lo que justifica su carácter básico) estará concernida en las decisiones importantes que afectan a la estructura de la mancomunidad, pero puede no estarlo en las más vinculadas a la gestión ordinaria de la entidad. En suma, tal como razona la fiscal general del Estado, a la hora de acotar el significado de la indicada limitación básica, no puede dejar de atenderse al contenido y alcance de la reforma estatutaria tomada en consideración. Ello no es desde luego incompatible con el tenor literal del precepto, que se refiere, no a toda reforma estatutaria, sino a las que puedan reputarse «modificaciones de la mancomunidad», lo que pudiera dar a entender que la semejanza con el régimen de constitución solo se impone para las decisiones sustanciales o estructurales. Se trata, en cualquier caso, de la única interpretación congruente con la finalidad tuitiva de la autonomía de los municipios mancomunados a la que responde la norma. Nótese que, si el Estado hubiera pretendido condicionar el régimen de aprobación de reformas estatutarias que no conciernen verdaderamente la autonomía de los municipios asociados, habría podido exceder su ámbito competencial, de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta.

A la vista de todo ello, cabe afirmar, más precisamente, que la exigencia básica de que la modificación de las mancomunidades se lleve a cabo por un procedimiento similar al de la constitución inicial implica que, en la medida en que la reforma proyectada afecte sustancialmente a la autonomía local, los municipios mancomunados han de tener garantizada una capacidad decisoria equivalente a la ejercida para la aprobación del acuerdo inicial de creación de la entidad. Dicha afectación sustancial a la autonomía local se producirá, en principio, cuando la reforma altere o modifique alguno de los elementos que el art. 44.2 LBRL enuncia como contenido mínimo estatutario en tanto que en ellos se expresa la garantía de la autonomía de los municipios integrantes de la mancomunidad. En tales supuestos los municipios mancomunados han de tener garantizada una capacidad decisoria equivalente a la ejercida para la aprobación del acuerdo inicial de creación de la entidad. Dicho de otro modo: si en el momento inicial de transferencia de poder decisorio hacia la mancomunidad se impuso un determinado estándar de autonomía municipal (aprobación por todos los plenos municipales), la exigencia legal de un procedimiento similar encierra justamente la necesidad de respetar ese estándar para cambiar los contenidos fundamentales inicialmente decididos. Ello implica, tal como ha puesto de relieve la fiscal general del Estado, que la aprobación de aquellas reformas estatutarias sustanciales deba corresponder a los plenos de todos los ayuntamientos mancomunados o realizarse mediante un procedimiento que asegure condiciones «similares» en la formación y expresión de la voluntad municipal.

La interpretación de que el art. 44.4 LBRL exige la aprobación plenaria de cada uno de los ayuntamientos (o fórmulas garantizadoras de una capacidad decisoria municipal equivalente) para la válida adopción de modificaciones estatutarias estructurales que afectan a la autonomía de cada municipio no es incompatible con el tenor del precepto y resulta a las claras de su finalidad, que es justamente, la que da soporte a la competencia estatal para interferir en cuestiones organizativas que corresponden primariamente a otros niveles de gobierno (art. 149.1.18 CE): el desarrollo de la autonomía municipal reconocida por la Constitución (arts. 137 y 141 CE) y la Carta europea de la autonomía local (arts. 3 y 10), contexto sistemático obligado de todas las normas sobre entes locales. Ciertamente, esta interpretación sigue abriendo márgenes de indeterminación, singularmente en cuanto a qué modificaciones, por afectar sustancialmente a la autonomía de los municipios mancomunados, exigen el reconocimiento a cada uno de una capacidad decisoria análoga a la ejercida en el momento constitutivo. Sin embargo, ello «no es problemático en el contexto de una submateria que corresponde, en principio, a la normativa local y autonómica». Tal indeterminación supone simplemente «el reconocimiento de márgenes de actuación» a los municipios y a las comunidades autónomas [STC 41/2016, FJ 7 c)].

5. Sentado el carácter básico del art. 44.4 LBRL y aclarado su sentido y alcance, debemos examinar a continuación el contenido del cuestionado art. 74.2 de la Ley andaluza 5/2010 y determinar si entre uno y otro hay una contradicción efectiva e insalvable por vía interpretativa.

La Ley 5/2010 regula el procedimiento de aprobación de los estatutos de las mancomunidades en consonancia con la legislación básica: redacción del proyecto y aprobación inicial por parte de los concejales de los municipios promotores constituidos en asamblea (art. 69); información pública e informe de las diputaciones provinciales afectadas (art. 70); aprobación de los plenos de cada uno de los ayuntamientos implicados (art. 71). Confía la regulación del procedimiento de modificación a los estatutos de la mancomunidad (arts. 66.10 y 74.1), imponiendo algunas condiciones, entre ellas, que la aprobación corresponda en todo caso a la propia mancomunidad, en concreto, al llamado «órgano de representación», en el que han de estar presentes miembros electos de todos los municipios, sin que ninguno pueda ostentar la mayoría absoluta (arts. 67.1 y 74.2).

Es inequívoca la voluntad del legislador autonómico de agilizar y facilitar las reformas estatutarias confiando su aprobación en todos los casos, no a los plenos de los ayuntamientos mancomunados, sino al órgano en que estos están representados dentro de la mancomunidad, tal como señalan los letrados del Parlamento y el Gobierno de Andalucía. La misma «aprobación» atribuida a los plenos municipales en cuanto a la redacción inicial de los estatutos (art. 71) es atribuida «en todo caso» a la mancomunidad misma en cuanto a la modificación (art. 74.2). Se trata de una solución que, según indica la fiscal general del Estado, se aparta del criterio mayoritario en las comunidades autónomas, consistente en conferir a los plenos municipales la aprobación, si no de todas las modificaciones estatutarias, al menos de las más sustanciales o estructurales.

Sin embargo, en un supuesto de inconstitucionalidad mediata como el que aquí se plantea, lo relevante es que el inciso cuestionado se aparta del sentido y alcance del art. 44.4 LBRL que ha quedado ya precisado en el fundamento jurídico anterior. En efecto, el precepto autonómico no toma en consideración la entidad de la reforma estatutaria en lo relativo al grado de afectación a la autonomía constitucionalmente garantizada de los municipios integrantes de la mancomunidad. Por el contrario, los incondicionados y generales términos «en todo caso» en los que atribuye la aprobación de las modificaciones estatutarias a un órgano de la propia mancomunidad hace que esa previsión se aplique siempre que se modifiquen los estatutos y, por lo tanto, también en los casos de modificaciones estructurales o sustanciales en el sentido del art. 44.2 LBRL, modificaciones respecto de las cuales la Ley reguladora de las bases del régimen local reclama una intervención municipal similar a la que tuvo lugar en la inicial aprobación de los estatutos. Intervención que el art. 74.2 de la Ley 5/2010 excluye, lo que determina que contravenga la exigencia de la norma básica.

Al disponer que la aprobación de todas las modificaciones estatutarias, con independencia de su entidad, corresponden a un órgano de la mancomunidad, el art. 74.2 de la Ley 5/2010 no garantiza que los municipios asociados, ante reformas sustanciales que afectan a su autonomía, puedan ejercer una capacidad decisoria semejante a la garantizada en el momento fundacional, ni, en consecuencia, puede considerarse similar a la que prevé el art. 44 LBRL en punto a la aprobación inicial de esos estatutos. El órgano de representación de la mancomunidad al que se refiere el legislador andaluz asegura la presencia de miembros electos de todos los municipios, pero no el derecho de todo municipio a intervenir decisivamente al menos en las reformas estructurales que inciden sobre su autonomía. De acuerdo con el precepto autonómico y en contra de la previsión básica estatal, las mancomunidades pueden aprobar por sí reformas sustanciales, al margen de los plenos de los municipios mancomunados y sin que entren necesariamente en juego mecanismos que garanticen a todos los ayuntamientos el ejercicio de una capacidad decisoria análoga dentro del órgano de representación. El pleito *a quo* es suficientemente ilustrativo: la Mancomunidad reformó sus estatutos para ajustar la composición del órgano de representación municipal a un sistema de representación proporcional directa basado en el volumen de población, que no garantiza en absoluto a todos los ayuntamientos una capacidad decisoria similar a la ejercida para la creación de la entidad, al menos respecto de las modificaciones estatutarias más incisivas o sustanciales. Acometió tal reforma, además, a través de su comisión gestora, sin el concurso de los plenos de todos los municipios y en contra de la voluntad y los intereses de los menos poblados al amparo, precisamente, del controvertido art. 74.2 de la Ley andaluza 5/2010.

En consecuencia, el régimen de aprobación de modificaciones de los estatutos de las mancomunidades de municipios regulado por la Ley 5/2010, en cuanto que, con independencia del alcance de la reforma estatutaria, atribuye en todo caso su aprobación a un órgano de la propia mancomunidad, no puede considerarse similar al establecido ex art. 44 LBRL para la constitución inicial. Incumple por ello el tenor y finalidad de esta previsión básica y, derivadamente, invade de modo mediato la competencia para establecer las bases del régimen local, que el art. 149.1.18 CE reserva al Estado.

La contradicción es efectiva e insalvable por vía interpretativa. La circunstancia de que el municipio pueda abandonar la mancomunidad no permite afirmar que las modificaciones sustanciales aprobadas en contra de su voluntad preservan esencialmente el estándar de participación local garantizado en el momento constitutivo inicial. Es de todo punto desproporcionado el planteamiento de que la única solución ante la discrepancia respecto a la modificación estatutaria sea la del abandono de la mancomunidad. El art. 44.4 LBRL exige que la capacidad decisoria del municipio ante decisiones estructurales que conciernen a su autonomía sea similar a la garantizada en la fase fundacional de la mancomunidad, lo que no se consigue por el mero hecho de que aquel pueda ejercer su derecho a apartarse de esta. No hay que olvidar, por lo demás, que el abandono es una opción costosa, cuya adopción puede resultar especialmente compleja y difícil a la vista de que la Ley andaluza 5/2010 la condiciona «a la liquidación de las deudas que se mantengan, al abono de la parte del pasivo de la mancomunidad que, en ese momento, le sea proporcionalmente imputable, y al pago de los gastos que se deriven de la separación» (art. 76.1).

Ciertamente, los municipios mancomunados, en cuanto competentes para configurar a través de los estatutos el procedimiento de modificación, podrían en su caso involucrar de algún modo a sus respectivos plenos (p. ej., intervención previa a la aprobación o ratificación *ex post*). No obstante, la Ley 5/2010 no les obliga a ello y, sobre todo, exige que la aprobación corresponda en todo caso a la mancomunidad, con lo que esa hipotética intervención municipal difícilmente puede considerarse similar a la exigida para la aprobación de los estatutos. Por tanto, cabe concluir que el art. 74.2 de la Ley andaluza 5/2010, a la vez que atribuye la aprobación de los estatutos a los plenos municipales, atribuye la aprobación de todas las modificaciones a la mancomunidad misma, en contra, en este último aspecto, del estándar de participación municipal garantizado en el art. 44.4 LBRL.

Procede pues estimar la cuestión de inconstitucionalidad y, consecuentemente, declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal» del art. 74.2 de la Ley 5/2010, de autonomía local de Andalucía, por invadir la competencia que al Estado reserva el art. 149.1.18 CE.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal» del art. 74.2 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a nueve de febrero de dos mil veintidós. Pedro José González-Trevijano Sánchez. Juan Antonio Xiol Ríos. Santiago Martínez-Vares García. Antonio Narváez Rodríguez. Ricardo Enríquez Sancho. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Ramón Sáez Valcárcel. Enrique Arnaldo Alcubilla. Concepción Espejel Jorquera. Inmaculada Montalbán Huertas. Firmado y rubricado.