



## RESOLUCIÓN PA-83/2022, de 31 de octubre

**Artículos:** 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 23 LTPA; 27, 38, 43 y 44 LAULA

**Asunto:** Denuncia interpuesta por XXX contra la Empresa Municipal de Aguas de Benalmádena, S.A. (EMABESA) por presunto incumplimiento de obligaciones de publicidad activa

**Denuncia:** 41/2022

**Normativa y abreviaturas:** Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (LTPA); Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG); Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía (LAULA)

### ANTECEDENTES

**Primero.** El 20 de junio de 2022 tuvo entrada en el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (en adelante, el Consejo) una denuncia presentada por la persona indicada contra la Empresa Municipal de Aguas de Benalmádena, S.A. (EMABESA), basada en los siguientes hechos:

“Que visto el artículo 3.1.i de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de transparencia pública de Andalucía, en relación con el art. 38 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía.

“Que vista la pagina web del Excelentísimo Ayuntamiento de Benalmádena [*Se indica enlace web*] en la que se dice en relación con la Empresa Municipal de Aguas de Benalmádena S.A. (EMABESA) que ostenta la siguiente: 'Participación al 50%. 150 acciones pertenecen al Ayuntamiento y el voto del Presidente es considerado voto de calidad. (Ostentando la Presidencia el Sr. Alcalde del Municipio)'.

“Que vistas sus publicaciones en materia de publicidad activa en su sede electrónica (no tienen), portal (no tienen) y página web de la Empresa Municipal de Aguas de Benalmádena S.A. (<http://www.emabesa.es>), durante el día 15/04/2022, en la que consta lo siguiente: 'La Empresa Municipal de Aguas de Benalmádena, EMABESA se constituye el 8 de febrero de 1994 por el Ayuntamiento de Benalmádena como empresa municipal para la prestación de los servicios relativos al ciclo integral del agua: abastecimiento, alcantarillado y depuración'.

“Teniendo en cuenta que se trata de la gestión de servicios de competencia de la entidad local, entiendo que en materia de publicidad activa, la Empresa Municipal de Aguas de Benalmádena S.A., se encuentra obligada como mínimo en la misma medida que la entidad local.

“Procedo a enumerar los artículos, norma y motivos de la denuncia en materia de publicidad activa a la citada Sociedad:

“LTPA Ley 1/2014, de 24 de Junio, de Transparencia Pública de Andalucía.



“LAULA Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía.

“LTAIBG Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

“I - INFORMACIÓN INSTITUCIONAL Y ORGANIZATIVA (Art. 10 LTPA)

'10.1 a) LTPA Entiendo que no se publica adecuadamente, ya que la información está distribuida por varios apartados y además no se proporciona la datación de la misma, ni se dice si son esas todas las funciones que desarrollan.

'10.1 b) LTPA No se publica en su totalidad, ni se da cuenta de la no existencia de la información ni se data la información publicada.

'10.1 c) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'10.1 e) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'10.1 f) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'10.1 g) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'10.1 h) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'10.1 i) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'10.1 j) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'10.1 k) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'10.1 l) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'10.1 m) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'10.3 LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información. Entiendo que el equivalente a la sesión plenaria es la junta general.

'54.1 c) LAULA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'54.1.e) LAULA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'54.1 h) LAULA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.



'54.1 i) LAULA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'54.1 j) LAULA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'54.1 k) LAULA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'54.1 l) LAULA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'54.1 m) LAULA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'54.1 n) LAULA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información'.

"II - INFORMACIÓN SOBRE ALTOS CARGOS Y PERSONAS QUE EJERZAN LA MÁXIMA RESPONSABILIDAD (Art. 11 LTPA)

'11 a) LTPA. No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'11 b) LTPA. No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'11 c) LTPA. No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'11 e) LTPA. Teniendo en cuenta que tanto en la junta general como en el consejo de administración lo habitual es que estén integrados los representantes locales, entiendo que no se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información'.

"III - INFORMACIÓN SOBRE PLANIFICACIÓN Y EVALUACIÓN (Art. 12 LTPA)

'12.1 LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información'.

"IV - INFORMACIÓN DE RELEVANCIA JURÍDICA (Art. 13 LTPA)

'13.1 a) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información'.

'13.1 e) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información o de la no obligación de realizar periodo de información pública.

'13.1 f) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información, como por ejemplo de las revisiones anuales de las tarifas correspondientes'.

"V - INFORMACIÓN SOBRE PROCEDIMIENTOS, CARTAS DE SERVICIO Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA (Art. 14 LTPA)



'14 a) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'14 b) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'14 c) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información'.

“VI - INFORMACIÓN SOBRE CONTRATOS, CONVENIOS Y SUBVENCIONES (Art. 15 LTPA)

'15 a) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'15 b) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'15 c) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información'.

“VII – INFORMACIÓN ECONÓMICA, FINANCIERA Y PRESUPUESTARIA (Artículo 16 LTPA)

'16 a) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'16 b) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'16 d) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información.

'16 e) LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información'.

“VIII - AMPLIACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA (Art. 17 LTPA)

'17.1 LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información'.

“IX - PUBLICIDAD DE LOS PLENOS DE LAS ENTIDADES LOCALES (Art. 21 LTPA )

'21 LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información. Entiendo que el equivalente a la sesión plenaria es la junta general'.

“X – TRANSPARENCIA DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS GOBIERNOS (Art. 22 LTPA)

'22.1 LTPA No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información'.

“XI - OTRAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD (Art. 14.3 LTAIBG).

'14.3 LTAIBG No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información'.

“XII- REGISTRO DE ACTIVIDADES DE TRATAMIENTO (Art. 6 bis LTAIBG).



'6 bis LTAIBG No se publica ni se da cuenta de la no existencia de la información'.

Junto con la denuncia se aporta la solicitud dirigida a la empresa denunciada y presentada por la persona denunciante, con fecha 31/01/2022, ante el Ayuntamiento de Benalmádena, requiriendo el cumplimiento de sus obligaciones de publicidad activa a partir del "Catálogo de obligaciones de publicidad activa de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía", definido por el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía para "los órganos y entidades incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación establecido en el art. 3 de la LTPA" y que se encuentra publicado en la página web de este organismo.

**Segundo.** Mediante escrito de fecha 6 de julio de 2022, este órgano de control puso en conocimiento de la persona denunciante que, en relación con la denuncia interpuesta, se procedía a iniciar la tramitación del procedimiento correspondiente.

**Tercero.** Mediante escrito de la misma fecha, el Consejo concedió a la sociedad mercantil denunciada un plazo de 15 días al objeto de que formulara las alegaciones que estimara oportunas, así como para que aportara los documentos y justificaciones que considerara pertinentes en relación con la denuncia presentada, al mismo tiempo que se le requería también que facilitara determinada información para acreditar su forma jurídica.

**Cuarto.** Con fecha 12 de julio de 2022, en contestación del requerimiento anterior, tiene entrada en el Consejo escrito de la citada mercantil efectuando la Gerencia las alegaciones siguientes:

"Sirva el presente escrito para aportar la siguiente documentación y así dar respuesta a la información solicitada:

"1.-Escritura de constitución de la sociedad, donde se refleja la forma jurídica de la misma.

"2.-Escritura de elevación a público de acuerdos sociales, donde se incluye composición del capital social y modificación de los estatutos.

"Al ser EMABESA una empresa mixta con 50% de capital privado la misma no reviste carácter de 'sociedad mercantil local' (para lo que se requiere que el capital sea íntegramente público) y por lo tanto no está sujeta a la obligación de publicación activa, pues tampoco cumple con el requisito genérico exigible a las sociedades mercantiles (que la participación, directa o indirecta, de las entidades pública previstas en el art. 3 de la Ley 1/2014 sea superior al 50 por ciento)".

El escrito de alegaciones se acompaña de la documentación anteriormente descrita.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero.** La competencia para la resolución de la denuncia interpuesta reside en el Director del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, de acuerdo con lo previsto en el art. 10.3 b) de los



Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (aprobado por Decreto 434/2015, de 29 de septiembre), y en el art. 48.1 g) LTPA, en conexión con el art. 23 del mismo texto legal.

Debe destacarse a su vez que, en virtud del art. 16.5 del citado Decreto 434/2015, *“[e]l personal funcionario del Consejo, cuando realice funciones de investigación en materias propias de la competencia del Consejo, tendrá el carácter de agente de la autoridad”*, con las consecuencias que de aquí se derivan para los sujetos obligados en relación con la puesta a disposición de la información que les sea requerida en el curso de tales funciones investigadoras.

**Segundo.** Como establece el art. 2 b) LTPA, la publicidad activa consiste en *“la obligación de las personas y entidades a las que hacen referencia los artículos 3 y 5 de hacer pública por propia iniciativa, en los términos previstos en la presente ley, la información pública de relevancia que garantice la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de su actuación pública”*. Exigencia de publicidad activa que comporta que la información *“estará disponible en las sedes electrónicas, portales o páginas web”* de los sujetos obligados al cumplimiento de la ley (art. 9.4 LTPA), y que tal publicación se realice *“de forma periódica, veraz, objetiva y actualizada”* (art. 9.1 LTPA), garantizando especialmente que la información que se publica atiende al principio de «veracidad», de tal manera que la misma *“ha de ser cierta y exacta, asegurando que procede de documentos respecto de los que se ha verificado su autenticidad, fiabilidad, integridad, disponibilidad y cadena de custodia”* [art. 6 e) LTPA].

Pero no sólo constituye una obligación para las entidades sujetas al cumplimiento de la legislación en materia de transparencia, pues, según establece el art. 7 a) LTPA, la publicidad activa constituye igualmente un *“derecho de cualquier persona a que los poderes públicos publiquen [...] de forma periódica y actualizada la información veraz cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”*.

**Tercero.** En el asunto que nos ocupa, la persona denunciante atribuye un supuesto incumplimiento de obligaciones de publicidad activa a la Empresa Municipal de Aguas de Benalmádena, S.A., invocando su sujeción a la relación de obligaciones de publicidad activa prevista en el Título II LTPA a partir de lo dispuesto en el art. 3.1 letra i) LTPA, *“...en relación con el art. 38 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía”*.

Ciertamente, entre los sujetos y entidades incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación de la LTPA se encuentran, según establece la letra i) de su artículo 3.1, *“[l]as sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por ciento. En todo caso, [...] las sociedades mercantiles locales y las sociedades interlocales de los artículos 38 y 39 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, o normativa que las sustituya”*.

Por su parte, el art. 38 LAULA define a las sociedades mercantiles locales en los siguientes términos:

*“1. Las sociedades mercantiles locales tendrán por objeto la realización de actividades o la gestión de servicios de competencia de la entidad local.*



*2. Las sociedades mercantiles locales se regirán, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en las que sea de aplicación la normativa patrimonial, presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, sin perjuicio de lo señalado en la legislación que resulte expresamente aplicable como garantía de los intereses públicos afectados.*

*3. La sociedad mercantil local deberá adoptar alguna de las formas de sociedad mercantil con responsabilidad limitada y su capital social será íntegramente de titularidad directa o indirecta de una entidad local.*

*4. Los estatutos deberán ser aprobados por el pleno de la entidad local, que se constituirá como junta general de la sociedad, y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento de la sociedad. En ellos se determinará la forma de designación y funcionamiento del consejo de administración, los demás órganos de dirección de la misma y los mecanismos de control que, en su caso, correspondan a los órganos de la entidad local”.*

Pues bien, tras consultar el Inventario de Entes del Sector Público Local gestionado por el Ministerio de Hacienda y Función Pública —en fecha 28/09/2022, dejando oportuna constancia en el expediente de las comprobaciones llevadas a cabo—, este Consejo ha podido advertir que EMABESA es una sociedad mercantil participada por el Ayuntamiento de Benalmádena en un 50 por ciento, quedando el resto de su capital social en manos privadas.

De hecho, tal y como informa la propia sociedad mercantil en sus alegaciones y confirma la documentación presentada, la forma jurídica que reviste la empresa denunciada se corresponde con la de una empresa mixta de colaboración pública-privada, a la que se refiere el art. 43 LAULA en los siguientes términos:

*“1. Los entes locales pueden gestionar los servicios locales de interés económico general mediante la constitución o participación en empresas mixtas. La empresa mixta es una sociedad mercantil con limitación de responsabilidad cuyo capital sólo parcialmente pertenece, directa o indirectamente, a la entidad local.*

*2. En todo caso, el proceso de constitución de estas sociedades tiene que asegurar la libre concurrencia y la igualdad de oportunidades del capital privado, por lo que la selección del socio privado estará sujeta a los procedimientos de concurrencia que resulten de aplicación según la legislación de contratos del sector público”.*

Todo lo expuesto permite concluir, por tanto, que la empresa denunciada no se encuentra incluida entre las sociedades mercantiles a las que alude la letra i) del art. 3.1 LTPA, en tanto en cuanto su capital social no está participado, directa o indirectamente, por las entidades previstas en dicho artículo en un porcentaje superior al 50 por ciento ni tampoco reviste la forma jurídica de 'sociedad mercantil local' en los términos previstos en el citado art. 38 LAULA, al no estar su capital social íntegramente titularizado (de forma directa o indirecta) por una entidad local, en este caso, por el Ayuntamiento de Benalmádena.



Conclusión que debe hacerse extensiva al resto de sujetos previstos en el art. 3.1 LTPA, confirmando que la mercantil denunciada no se encuentra incluida en el ámbito subjetivo de aplicación establecido en este artículo.

**Cuarto.** Dicho lo anterior, la sujeción al marco normativo regulador de la transparencia por parte de la empresa denunciada sólo resultaría admisible —al margen de la obligación impuesta por el art. 4 LTPA, siempre presente, de suministrar la información que le solicite la Administración a la que se encuentra vinculada— si se dilucida su encuadre en lo que la LTPA denomina “*Otros sujetos obligados*”, en virtud de lo dispuesto en el art. 5 LTPA.

En este sentido, el art. 5.1 LTPA determina que las *“entidades que perciban durante el periodo de un año ayudas o subvenciones públicas en cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 por ciento del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo 5.000 euros, deberán cumplir las obligaciones de transparencia establecidas en la legislación básica”*.

Y a continuación, añade el citado artículo en su segundo párrafo: *“No obstante, con independencia de los límites anteriores, cuando estas entidades accedan a la financiación de sus actividades y funcionamiento ordinario a través de subvenciones y ayudas financiadas con cargo al presupuesto de la Junta de Andalucía, podrán ser sometidas, además, a exigencias de publicidad específicas aplicando criterios de transparencia análogos a los previstos en materia de publicidad activa en esta ley para las entidades sujetas, en los términos que establezcan las disposiciones de desarrollo de esta ley y las correspondientes convocatorias, respetando en todo caso la naturaleza privada de estas entidades y las finalidades que las mismas tienen reconocidas”*.

Por su parte, el art. 5.3 LTPA dispone que *“...las empresas prestadoras de servicios públicos locales en régimen de gestión indirecta deberán cumplir con las obligaciones de publicidad activa, de entre las previstas en esta ley, que se determinen reglamentariamente para hacer efectivo el principio de transparencia financiera y en la gestión de los servicios locales de interés general previsto en el artículo 27.8 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, que tendrán el carácter de comunes y mínimas y podrán ser complementadas con otras por las entidades locales. Las ordenanzas reguladoras de la prestación del servicio público y los pliegos o documentos equivalentes habrán de recoger dichas obligaciones de publicidad activa”*.

Pues bien, en relación con todo lo anterior, tras consultar en la fecha anteriormente indicada la información existente en la Base de Datos de Subvenciones de la Junta de Andalucía —cuya gestión corresponde a la Intervención General de la Junta de Andalucía— así como en el Sistema Nacional de Publicidad de Subvenciones y Ayudas Públicas —gestionado por la Intervención General de la Administración del Estado—, este órgano de control no ha podido confirmar que la repetida mercantil haya percibido ayudas o subvenciones por parte de Administraciones Públicas en cuantía superior a 100.000 euros, por lo que carece de virtualidad lo dispuesto en el art. 5.1 LTPA.

De igual modo, la ausencia hasta la fecha de una normativa de desarrollo de las previsiones del art. 5.3 LTPA que pudiera imponer el cumplimiento de obligaciones de publicidad activa a las empresas prestadoras de servicios públicos locales en régimen de gestión indirecta así como, en particular, por





parte del Ayuntamiento de Benalmádena, en el ámbito del servicio público que presta la mercantil denunciada; priva de aplicación práctica lo dispuesto en dicho artículo.

Así pues, tras las comprobaciones efectuadas y las consideraciones expuestas, al atribuirse los hechos denunciados a una entidad que no se encuentra incluida en el ámbito subjetivo de aplicación definido en el art. 3.1 LTPA ni entre los sujetos obligados previstos en el art. 5 LTPA, no cabe admitir a trámite la presente denuncia, por lo que procede su inadmisión y declarar el archivo de la misma.

**Quinto.** Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, este Consejo debe realizar dos precisiones.

En primer lugar, y tal y como se ha indicado en el Fundamento Jurídico anterior en relación con el art. 4 LTPA, la entidad denunciada queda obligada a suministrar al Ayuntamiento de Benalmádena toda la información necesaria para que la entidad local cumpla las obligaciones previstas en la normativa de transparencia. Esto es, deberá suministrar la información que el Ayuntamiento le requiera para resolver solicitudes de acceso o bien cumplir sus obligaciones de publicidad activa.

Y en segundo lugar, debemos recordar que los artículos 27.8 y 44 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, imponen a las entidades locales determinadas obligaciones en los casos en que hayan atribuido la gestión de servicios de interés económico general, como parece ser el caso. La entidad denunciada estaría obligada igualmente a suministrar esta información para que la entidad local pueda dar respuesta a las solicitudes de información que pudiera recibir en relación con dichas obligaciones.

En este sentido, el art. 5.3 LTPA prevé un desarrollo reglamentario para las obligaciones de transparencia que deberán cumplir las empresas que presten estos servicios, si bien hasta la fecha no se ha ejecutado esta previsión.

En virtud de los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos citados se dicta la siguiente

### RESOLUCIÓN

**Único.** Se declara el archivo de la denuncia presentada por XXX contra la Empresa Municipal de Aguas de Benalmádena, S.A. (EMABESA).

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer recurso potestativo de reposición ante este Consejo, en el plazo de un mes, o interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Sevilla, que por turno corresponda, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30.4, 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en los artículos 8.3 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa.

EL DIRECTOR DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA  
Y PROTECCIÓN DE DATOS DE ANDALUCÍA

Jesús Jiménez López

Esta resolución consta firmada electrónicamente