

## XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 3 PONTEVEDRA

AUTO: 00021/2023

Modelo: N35300

RUA HORTAS S/N. 3º ANDAR. 36004

**Teléfono:** Tfno 986805580-79-78 **Fax:** .

**Correo electrónico:** contencioso3.pontevedra@xustiza.gal

**Equipo/usuario:** MB

**N.I.G:** 36038 45 3 2023 0000164

**Asunto:** PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0000056 /2023 0001 (DIMANA DE LOS DF DERECHOS FUNDAMENTALES 0000056 /2023)

**Sobre:** ADMON. LOCAL

**Demandante:** JOSE ENRIGUE OUBIÑA LAGO

**Abogada:** MARIA TANIA VARELA GONZALEZ

**Contra:** CONCELLO DE RIBADUMIA

**Abogado:** FRANCISCO PAZ AIDO

**Procuradora:** MARIA ESTHER GARCIA ROMARIS

### AUTO

Pontevedra, 12.04.2023.

### I.- HECHOS.

1.- Ante este juzgado se sigue, como Proceso especial en materia de protección de Derechos fundamentales nº 56/2023, recurso contencioso sustanciado por ese cauce procesal (arts. 116 ss LJCA) a instancia de JOSÉ ENRIQUE OUBIÑA LAGO contra la resolución de 01.02.2023 de la alcaldía del Concello de Ribadumia denegatoria de su solicitud de 25.01.2023, por la que pedía disponer de autorización del alcalde para su acceso periódico, semanal, al libro registro de entradas y salidas de la Corporación municipal.

2.- Con su escrito de interposición de recurso, el Sr Oubiña articulaba una solicitud de adopción de medida cautelar consistente en la “suspensión de la ejecutividad” del acuerdo recurrido.

3.- Abierta pieza separada de medida cautelar atinente a esa petición, en la misma se ha oído a la administración y al Ministerio fiscal que han formulado sus



respectivos escritos en respuesta a la pretensión cautelar en fechas 20 y 22.03.2023 tras los cuales procede resolver lo que sigue.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**1.-** A la hora de dar respuesta a la solicitud cautelar, conviene recordar lo declarado por el Tribunal Supremo -entre otras muchas, Sentencias de 14 de abril de 2003 (casación 5020/99 ), 17 de marzo de 2008 (casación 1021/06 ) y 30 de marzo de 2009 (casación 790/08 ), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996 , 26 de febrero de 1998 , 21 de diciembre de 1999 , 22 de enero , 26 de febrero , 22 de julio y 23 de diciembre de 2000 , 2 de junio y 24 de noviembre de 2001 , 15 de junio y 13 de julio de 2002 y 22 de febrero de 2003 -, según las cuales la doctrina sobre el *fumus boni iuris* requiere una prudente aplicación para no prejuzgar, al resolver el incidente de medidas cautelares, la decisión del pleito, pues, de lo contrario, se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba ( artículo 24 de la Constitución ), salvo en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la sentencia de 18 de mayo de 2004 (casación 5793/01), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala Tercera (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997 , entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada y restrictiva de la doctrina de la apariencia del buen derecho.

Lo dicho, sin embargo, no impide que finalmente el Juez, en el caso concreto, deba proceder a efectuar una triple ponderación:

a) la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto;

b) que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso; y,



c) que se valore si la adopción de la medida cautelar puede causar una perturbación grave de los intereses generales o de un tercero, que pueda conducir a denegarla.

Siendo posible que:

a) En el marco de provisionalidad que comportan siempre las medidas cautelares,

b) dentro del ámbito limitado de la pieza de medidas cautelares; y,

c) sin prejuzgar tampoco lo que en su día declare la sentencia definitiva, el Auto de suspensión proceda a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, siquiera a los meros fines de la tutela cautelar, de acuerdo con la doctrina del " *fumus boni iuris* " o de apariencia de buen Derecho.

**2.-** Con el escrito inicial de interposición de su recurso contencioso, a seguir por los cauces especiales del art. 115 ss LJCA (protección jurisdiccional contenciosa de un derecho fundamental), el concejal recurrente, el Sr. Oubiña Lago, solicita la adopción de una medida cautelar, al amparo de los arts. 129 y 130 LJCA, consistente en la *suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida*.

Ya con la formalización de su demanda, por escrito de 08.03.2023, la parte actora "precisaba", con mayor detalle, que su petición cautelar tenía que ver también con la oportunidad de que el juzgado le dirigiera un requerimiento al Concello para que se le facilitara el acceso a documentación que había solicitado con motivo de un escrito formulado ante la administración el 06.02.2023 (sobre contratación y facturación por la prestación de servicios de limpieza y mantenimiento). Añadía a lo que ya había dicho que esa era exactamente aquella información que aspiraba a obtener con sus peticiones anteriores (desoídas por el Concello) e incluso con la de 25.1.2023 que se le había denegado.

En respuesta a esa solicitud cautelar, el letrado del Concello indicó en su escrito en oposición, que procedía la denegación de la medida ya que su adopción supondría la estimación por vía cautelar de la pretensión del recurso (en lo tocante a



la suspensión de la ejecutividad de la resolución de 01.02.2023) lo que estaba prohibido por la doctrina jurisprudencial que ha venido interpretando lo que dictan los arts. 129 ss LJCA según la cual no cabía, por esta vía cautelar, ofrecerle a quien formula su petición un anticipo de sentencia estimatoria; sin que se hubiera intentado siquiera, de adverso, valorar todos los intereses en conflicto para alcanzar alguna conclusión que permitiera sustentar la decisión pedida.

A entender del Concello, el recurrente no habría acreditado, por otra parte, que el *“mantenimiento del acto impugnado”* pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, siendo insuficientes a los fines suspensivos los argumentos empleados por el concejal recurrente porque, según explica el Concello, *“se limita a alegar criterios de oportunidad relacionados con sus intereses electoralistas para la próxima campaña de las elecciones municipales, que no justifican la necesidad de que el juzgado pueda adoptar una sentencia anticipada favorable a sus pretensiones, sin la adecuada ponderación del “fumus boni iuris” de la petición articulada y de las posibles perturbaciones de los intereses generales y de terceros (art. 130.2LJCA )que la estimación de la medida podría causar, por cuanto la obligación del Concello de proteger los datos sensibles de carácter personal de terceros, que el Concello en cuanto que encargado del tratamiento tiene la obligación de preservar y que por vía impropia de medida cautelar, el recurrente pretende conseguir de manera indiscriminada e inconcreta.”*

Sobre la oportunidad de acudir, por la vía cautelar, a un requerimiento a cargo del Concello a fin de que le facilitara al recurrente su acceso a la documentación que había pedido en escrito de 03.02.2013 (sobre expedientes de contratación pública del servicio de limpieza y mantenimiento, facturas y otros...), indicó el Concello que esa medida supondría la articulación fraudulenta de una pretensión que no cabría ejercitar a través de la vía cautelar y que procedería, en su caso, en sede de práctica de prueba; que por otra parte, podría resultar lesiva para los intereses particulares representados por la protección de datos de carácter personal. Sin contar con que, por otra parte, ni siquiera esa petición formaría parte del expediente incurriendo en consecuencia la parte actora, en su solicitud cautelar para esta cuestión, en una



clara desviación procesal que haría inadmisibile cualquier pretensión ante el juzgado en este particular.

El Ministerio fiscal interpeló en este caso a la satisfacción final de la pretensión sustancial de la demanda que tendría que producirse ya en Sentencia, en la resolución definitiva de este asunto; que implicaría, de tener éxito el recurso, que se diera acceso al recurrente al libro registro diario tal y como había solicitado; de forma que una eventual cautelar a estas alturas, sin un examen de la cuestión de fondo y los motivos del recurso así como del expediente, supondría un anticipo irregular de lo que habría de ser el resultado del recurso, que debería ser el que apareciera en Sentencia.

**3.-** En el caso aquí examinado, hay que abordar la pretensión cautelar final, que se puede considerar doble, distinguiendo entre la que se formula en el escrito de interposición del recurso (suspensión de la ejecutividad del acto recurrido, que es la resolución de la alcaldía de 01.0.2023) y la que se formula, precis ndola de acuerdo con una solicitud posterior a la resolución recurrida, de 03.02.2023, y que en realidad pide que *se requiera al Concello para que le facilite al Sr. Oubiña Lago una determinada documentación, datos, antecedentes, facturas sobre expedientes de contratación pública.*

La segunda no se puede abordar en esta pieza porque, como es sabido, lo que define a un recurso contencioso y le sirve de objeto es la resolución que se recurre en él, y en este caso no se ha recurrido la respuesta municipal a esa petición de 03.02.2023 del Sr Oubiña, que parece que además tuvo lugar en una resolución que le anunciaba que en fechas próximas se le iba a dar el acceso correspondiente a esa documentación (aunque es cierto que en su demanda protesta que no se ha llegado a poner en práctica esa resolución, parece lógico que así sea disponiendo por otra parte el interesado de la oportunidad de acudir al oportuno recurso para solicitar la ejecución de dicho acuerdo ex art. 29.2. LJCA).

Por ese motivo, s  es posible calificar como “afecta”, por decirlo de algún modo, a esa parte de la pretensión o petición cautelar, de una suerte de “desviación procesal” que si bien no se puede decir que se haya materializado con las pretensiones articuladas por el recurrente en su escrito de interposición y en su



demanda, sin embargo, sí que podría considerarse sucedida en esta pieza, dada la variación sustancial que tiene lugar en lo tocante a lo pretendido en forma cautelar, porque inicialmente se pretende la “suspensión de la ejecutividad” del acuerdo de 01.02.2023 que deniega al concejal recurrente su solicitud de autorización para su acceso periódico al libro registro diario de entradas y salidas del Concello para, después, articular una pretensión cautelar pero del tipo positivo (requerimiento a cargo del Concello) que llevaría consigo el reconocimiento de un derecho que, por legítimo que sea, no sería el que se había pretendido con la petición denegada en la resolución recurrida, sino con motivo de una segunda solicitud, que además recibió respuesta estimatoria de la administración en acuerdo de 10.02.2023 de su alcaldía del que se ha tenido constancia en los autos.

En lo tocante a la pretensión primigenia en lo cautelar que contenía el escrito inicial de interposición del recurso contencioso aquí sustanciado, hay que decir que el examen que ya ha tenido la oportunidad de realizar este Juzgado del expediente administrativo junto con la respuesta jurisprudencial a los límites del derecho fundamental del art. 23.2. CE cuando quien lo ejercita es un concejal en el ejercicio de sus funciones de control del gobierno municipal, junto con la inminente convocatoria de elecciones municipales y la falta de respuesta real y práctica por parte de la administración a las sucesivas peticiones sobre acceso a información que se le ha formulado por el Sr Oubiña Lago ya desde el año 2020, corriendo en paralelo con varias recomendaciones del Defensor del Pueblo que desoyó la administración por las que se le sugería que le diera acceso al recurrente al libro registro diario de entradas y salidas; sí conducen, no sólo por un “*fumus boni iuris*” que podría actuar en solitario en este caso (apariencia de buen derecho dada la presencia de motivos que evidenciarían una más que probable nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida por vulneración de un derecho fundamental) sino también por un “*periculum in mora*”, a asumir la pretensión cautelar en cuestión en la forma de requerimiento a la administración municipal para que disponga el derecho de acceso del recurrente, en su calidad de concejal, en forma periódica, semanal, al libro de registro de entradas y salidas, como pidió él en su escrito de 25.01.2023, aunque a partir de esa fecha y no antes.



La valoración o ponderación de los intereses en juego junto con el evidente “*periculum in mora*”, propiciado por la inminente convocatoria de elecciones municipales con sus consecuencias en lo relativo al funcionamiento ordinario de las actuales Corporaciones; junto con la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) evidenciada en este caso por las sucesivas “sugerencias/recomendaciones” dirigidas en la vía administrativa por el Defensor del Pueblo al Concello para que le diera acceso periódico al concejal recurrente al libro registro de entrada y salida de la Administración a fin de favorecerle su ejercicio del control de la actividad desarrollada por la administración en su gobierno municipal, sirven en este caso para responder en forma estimatoria a la pretensión cautelar que se formuló con motivo del escrito inicial de interposición de su recurso por parte del Sr. Oubiña Lago, pero no en la forma de “suspensión de ejecutividad” del acuerdo de 01.02.2023 sino en la forma de requerimiento en positivo, ya en estas fechas, a cargo de la Administración, para que articule, en la forma más respetuosa posible para los datos de carácter personal que gozan de especial protección (art. 9.1. RGPD), el medio más correcto, a fin de tener por autorizado al recurrente para su acceso periódico, semanal, en horario de oficina, al libro registro de entrada y salida.

Tiene, de todos modos, serias dudas esta Juzgadora acerca de la utilidad práctica que esta decisión en vía cautelar habrá de tener, teniendo en cuenta que lo único que se articula es una exigencia a cargo de la administración a fin de que permita al recurrente su acceso periódico, semanal, a ese libro registro de entrada y salida, a partir del día 25.01.2023 (ese sería el único efecto temporal retroactivo posible, teniendo en cuenta lo que ha sido objeto de este asunto: la resolución de 01.2.2023 de la alcaldía), y en su calidad de concejal (por el tiempo que pueda permanecer en tal condición).

No es posible reconocer esa petición cautelar por el tiempo y para todos los expedientes que pide el recurrente, por los motivos apuntados más arriba, en tanto este juzgado tiene que acomodar sus decisiones, en este asunto, a la resolución que le ha servido de objeto, que no es otra que la de 01.02.2023 de la Alcaldía que deniega el acceso periódico, semanal, en horas de oficina, por parte del Sr Oubiña Lago al registro diario de entrada/s y salida/s.



Dicho lo anterior, a tal exigencia se habrá de limitar la adopción de la medida cautelar que tiene lugar en este caso sobre la base de la concurrencia en el supuesto de un “periculum in mora” (que la sentencia definitiva llegue tarde) y de una “apariencia de buen derecho” o “fumus boni iuris” (deducible de las recomendaciones que sobre la petición formulada por el concejal recurrente en su solicitud de 25.01.2023 al Concello le hizo a tal administración la institución del Defensor del Pueblo hasta en dos ocasiones, en expedientes de 2020 y 2021 abiertos en repuesta a sendas quejas del Sr Oubiña por su falta de atención a peticiones similares, todas con la finalidad de obtener información que sí podría ser necesaria y precisa para que pudiera ejercer su cargo, las funciones propias de la concejalía, que se corresponderían con el control de la actividad del gobierno municipal.

**4.-** Dada la cuantía previsible a fijar para el recurso principal, y de conformidad con la impugnabilidad en apelación de la Sentencia a dictar en cualquier proceso especial a seguir por la vía del art. 115 ss LJCA, frente a este Auto cabe recurso de apelación.

**5.-** No ha lugar a condena en costas pues a tal fin el art. 139-1 LJCA exige que se haya producido el rechazo total de las pretensiones de alguna de las partes y en este caso tal rechazo ha sido sólo parcial.

### PARTE DISPOSITIVA.

Se acoge parcialmente la pretensión cautelar deducida por el recurrente en estos autos de **PDF 56/2023**, de que dimanara esta pieza, en los términos descritos en el FJ 3º de este auto, con requerimiento a la administración demandada para que en el plazo máximo de 5 días tenga por autorizado expresamente al Concejal José Enrique Oubiña Lago para su acceso, por la vía más idónea técnicamente hablando, en forma periódica, semanal, preferentemente en horario de oficina, al registro de entrada y salida de documentos de la Corporación, permitiéndole dicho acceso con efectos a partir del día 25.01.2023.

Dicho acceso deberá disponerse por el Concello con esos efectos temporales, es decir, a partir del día 25.01.2023, en la forma más idónea posible teniendo en cuenta las circunstancias y medios materiales/personales de la administración fijando unas horas y días en los que se pueda cumplir con él a partir de esa fecha





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

(25.01.2023 y hasta la actualidad), de ser necesario, por comparecencia en las dependencias municipales para examinar el listado de entrada y salida y la documentación que no requiera de disociación y/o anonimización por incorporar datos personales de especial protección.

El acceso periódico, semanal, a autorizar a partir del inicio de la ejecución por el Concello de esta medida cautelar lo será por la vía que la administración considere más correcta, preferentemente telemática disponiendo el acceso del recurrente a las claves del sistema oportuno, de ser posible técnicamente hablando. En caso contrario, se cumplirá con la oportuna comparecencia en fechas y horas señaladas por la administración procurando ese acceso periódico semanal; y por el tiempo que permanezca en la condición de concejal el Sr. Oubiña Lago.

Todo ello sin condena en costas.

Frente a este auto cabe interponer recurso de apelación en el plazo de los 15 días siguientes al de su notificación, del que conocerá la Sala de lo contencioso administrativo del TSJG ; recurso que, de admitirse a trámite, lo será en un solo efecto.

Así, por este Auto, lo manda y firma María Dolores López López, Magistrada Juez titular del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 3 de Pontevedra. Doy fe.

**LA MAGISTRADA-JUEZ**

**LA LETRADA DE LA ADMÓN. DE JUSTICIA**

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

