



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 tutela 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.



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN  
SEGUNDA

Plaza de San Agustín Nº 6  
Las Palmas de Gran Canaria  
Teléfono: 928 30 64 60  
Fax.: 928 30 64 62

Email: s2contadm.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Derechos fundamentales Nº proc. origen:  
0000253/2024-00

Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso-  
Administrativo. Sección Segunda de Las Palmas de  
Gran Canaria

Procedimiento: Derechos fundamentales  
Nº Procedimiento: 0000253/2024  
No principal: Pieza de medidas  
cautelares - 02  
NIG: 3501633320240000479  
Materia: Extranjería  
Resolución: Auto 000154/2024

Intervención:  
Demandante

Demandado  
Fiscal

Interviniente:

Red Española de Inmigración y Ayuda al  
Refugiado  
Presidencia del Gobierno  
Ministerio Fiscal

Procurador:

Adriana Domínguez Cabrera

## AUTO

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D<sup>a</sup>. ÓSCAR BOSCH BENÍTEZ

Magistrados

D./D<sup>a</sup>. MARÍA MERCEDES MARTÍN OLIVERA

D./D<sup>a</sup>. LUCÍA DEBORAH PADILLA RAMOS

D./D<sup>a</sup>. MARÍA DEL CARMEN MONTE BLANCO (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a siete de octubre de dos mil veinticuatro.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la Procuradora Dña. Adriana Domínguez Cabrera, en nombre y representación de la RED ESPAÑOLA DE INMIGRACIÓN Y AYUDA AL REFUGIADO, se interpuso recurso contencioso-administrativo por los cauces del Procedimiento Especial para la protección de los Derechos Fundamentales de la Persona contra el Acuerdo de la Presidencia del Gobierno de fecha 2 de septiembre de 2024, solicitando por medio de otrosí que se acuerde, como medida cautelar provisionalísima, la suspensión del citado acto administrativo, por lo que se ordenó la formación de la correspondiente pieza separada.

**SEGUNDO.-** Por Auto de fecha 25 de septiembre de 2024 se accedió a la medida cautelar inaudita parte, dándose traslado por escrito a la Administración demandada y al Ministerio Fiscal para que alegara lo que estimara procedente, con el resultado que obra en autos.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Ley 29/1998 de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, regula las medidas cautelares en sus artículos 129 a 136. El artículo 129.1 establece que *“Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”*. Como circunstancias a tener en cuenta para acordar o no la medida cautelar el artículo 130.1 establece que *“previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad al recurso. Podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave para los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”*.

Como recuerda la jurisprudencia del TS, entre otros, el Auto de fecha 19 de junio de 2019 (rec, 185/2019): *“la decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguientes puntos:*

*a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.*

*b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.*

*c) El periculum in mora, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.*

*d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: “al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego”. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia “cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto”*



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 tutela 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.



e) *La apariencia de buen derecho (fumus boni iuris) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares, si bien debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de esta doctrina.*"

**SEGUNDO.-** Alega la recurrente que durante el año 2023 y el presente año 2024 se ha producido la entrada masiva, bajo situación administrativa irregular, de una serie de personas migrantes, procedentes en su mayoría del entorno geográfico subsahariano, a través del desembarco en las Islas Canarias, provocando un colapso en los medios existentes para la cobertura social y las necesidades previstas en los dispositivos de costa, a cargo, prioritariamente, de la Cruz Roja Española bajo mando de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, los dispositivos de rescate de Salvamento Marítimo, y otros operadores públicos, generando un proceso que afecta directamente a personas vulnerables que, careciendo de recursos y bajo esa condición de entrada irregular, acceden al territorio español.

Añade que, conforme a los protocolos de derivación existente, el Gobierno de España recepciona a las personas en costa, procede a su filiación, y, sin solución de continuidad, los que son identificados como menores de edad quedan al amparo de la Comunidad Autónoma, en virtud de las competencias que tiene asumidas en el Estatuto de Autonomía, pasando automáticamente a disposición y tutela de los servicios de infancia del Gobierno de Canarias que lo vertebra a través de sus centros de acogida gestionados por diferentes entidades sociales colaboradoras de dicho Gobierno.

En este contexto, el Gobierno de Canarias aprueba el 2 de septiembre de 2024, fuera del orden del día, una propuesta de acuerdo, en el que, entre otros extremos, dispone: *“Comunicar a la entidades colaboradoras que no reciban nuevos migrantes con cargo a esta Comunidad Autónoma, salvo la previa comunicación de conformidad o la autorización expresa de las autoridades autonómicas competentes, en orden a proteger el interés del los menores no acompañados que ya están atendiendo”*.

Considera la parte que la decisión del Gobierno de Canarias incumple la normativa estatutaria e infringe gran cantidad de normas internacionales, constitucionales, estatales y de la propia legislación canaria, y supone una suerte de cese en los procesos de asistencia de los menores, truncando la cadena de tutela y traslado de menores entre los dispositivos de costa, fiscalía y cuerpos y fuerzas de seguridad del estado, y los operadores actuales del sistema, vulnerando los derechos fundamentales de los menores no acompañados que, de esta manera, quedan en la calle y sin ni siquiera una plaza en precario en los centros de acogida.

Partiendo de lo expuesto, solicita que se acuerde la suspensión del acto impugnado, invocando como fundamento de su petición de justicia cautelar, por un lado, la existencia de “fumus boni iuris”, que concreta en la indefensión causada a los menores no acompañados que no son admitidos en los centros de acogida, privándoles de sus derechos básicos y elementales, y en el agravio comparativo que ello supone en relación a los menores no acompañados ya admitidos en los centros, tratándose de forzar, por la vía de los hechos, que los menores afectados por la decisión sean acogidos por el Estado. Y, por otro lado, se invoca



la existencia de “periculum in mora”, argumentando que la dejación de funciones por parte de la Consejería de Bienestar Social, Igualdad, Juventud, Infancia y Familias del Gobierno de Canarias determina que cada día que se derivan menores no acompañados en situación irregular a las Islas Canarias, aumente la indefensión de los menores, dándose un escenario de enorme peligro para la integridad y pleno desarrollo de estos menores.

El Ministerio Fiscal muestra su conformidad con la suspensión de la ejecución del acuerdo de la Presidencia del Gobierno de fecha 2 de septiembre de 2024. Alega que el punto segundo de dicho acuerdo supone, cuando menos, un retraso no justificado en dar a los menores extranjeros no acompañados la protección inmediata que, en el caso de Canarias, está prevista en el Art. 147.2 del Estatuto de Autonomía, y en el Art. 53 de la Ley Canaria 1/1997, de Atención Integral de los Menores que dispone que *“acogerán de urgencia a menores de edad extranjeros no acompañados o indocumentados puestos a disposición por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad y se halle pendiente de determinación”*. Y reseña, a continuación, una serie de ejemplos que ilustran el retraso que está habiendo en la prestación de la protección a la que tienen derecho los menores no acompañados.

La dirección letrada del Gobierno de Canarias solicita que se levante la medida cautelar adoptada inaudita parte y que se desestime el incidente de medida cautelar.

Como consideraciones previas, niega que haya existido un rechazo o negativa a la recepción de los menores extranjeros no acompañados, y alega que la solicitud de medida cautelar no cuenta con una detallada motivación y toda su argumentación se sustenta en simples noticias aparecidas en medios de comunicación social.

En cuanto a la argumentación del Auto acordando la medida cautelar inaudita parte, puntualiza que no ha habido suspensión en la recepción y atención a los menores no acompañados

Sentado ello, como ideas preliminares, refiere que la clave de bóveda del asunto que nos ocupa es la satisfacción del interés superior del menor, y que la Administración autonómica siempre ha atendido, atiende y atenderá sus obligaciones con los menores extranjeros no acompañados, poniendo el acento en el desbordamiento de las capacidades autonómicas y en la falta de acción de la Administración General, a la que reprocha el incumplimiento de los requisitos para una correcta entrega a la Administración autonómica, y el incumplimiento de las obligaciones de coordinación del Estado que nacen del principio de solidaridad.

En lo que respecta al concreto acuerdo impugnado, destaca que sus destinatarias son las entidades colaboradoras, no terceros, y que el mismo descansa en el ejercicio de la función de inspección o supervisión sobre dichas entidades, sujetas a un régimen de sujeción especial e intervención administrativa, y simplemente constata que la correcta puesta a disposición de los menores no acompañados se verificará en los servicios sociales como señala el art. 35 de la LOEX y 190 del REX y no en dichas entidades colaboradas.

En segundo lugar, insiste en que el acuerdo no prohíbe ni suspende la recepción, sino que recuerda que la puesta a disposición tiene que tener lugar en los servicios sociales, para que la Administración pueda tener un adecuado conocimiento de los menores, de su número y circunstancias en la llegada, de la disponibilidad de recursos, de la ordenación de los mismos, ubicación y traslados entre isla -si así se dispusiera- y para un ordenado y correcto ejercicio de



las competencias autonómicas y, en definitiva, para una mejor atención del menor.

En tercer lugar, destaca que la finalidad del acuerdo es la tutela del menor y la protección de su interés.

Sobre el contexto en que se dicta el Acuerdo, alega que la situación fáctica que motiva su adopción es la grave crisis migratoria y los hechos acaecidos en El Hierro y en la Gomera que se describen en el mismo, que pusieron de manifiesto la existencia de una entrega desordenada de menores, siendo la finalidad del acuerdo ordenar y controlar la recepción, evitando situaciones de ingreso sin conocimiento o en centros sin plazas.

Finalmente, en cuanto a los presupuestos para la adopción de la medida cautelar, argumenta que debe atenderse al criterio de mora procesal, y que la adopción o levantamiento de la medida cautelar debe pivotar sobre el interés superior del menor, y que, en opinión de la Administración autonómica, el interés del menor exige una ordenada y correcta puesta a disposición del menor y que el acuerdo impugnado responde a esta finalidad.

**TERCERO.-** Comenzando con la apariencia de buen derecho, como es sabido la Sala Tercera del Tribunal Supremo viene circunscribiendo la operatividad del denominado *fumus boni iuris* a los supuestos de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, a los actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, a la existencia de una sentencia que anule el acto en una instancia anterior aunque no sea firme y a la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz, puesto que, en definitiva, cuando se postula la nulidad en virtud de causas que han de ser por primera vez objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que no se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción del artículo 24 CE, que reconoce el derecho del proceso con todas las garantías de contradicción y prueba, al no ser el incidente de suspensión cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del litigio [por todos AATS de 10 de octubre de 2018 (rec. 80/2018) y 31 de octubre de 2018 (rec 380/2018, 381/2018 y 382/2018)].

En el presente caso, de las alegaciones efectuadas por las partes en defensa de sus respectivas posiciones, fácilmente se advierte que la problemática que se plantea en el presente procedimiento desborda con creces el limitado ámbito de cognición de un incidente cautelar, no siendo este el momento procesal oportuno para que nos pronunciemos sobre la legalidad del acuerdo impugnado ni sobre cuestiones competenciales en materia de atención a menores migrantes.

La petición de justicia cautelar debe, por tanto, ser valorada desde la perspectiva del *periculum in mora*.

El punto del Acuerdo de la Presidencia del Gobierno de Canarias de fecha 2 de septiembre de 2024 que se recurre dispone: *“Comunicar a la entidades colaboradoras que no reciban nuevos migrantes con cargo a esta Comunidad Autónoma, salvo la previa comunicación de conformidad o la autorización expresa de las autoridades autonómicas competentes, en orden a proteger el interés de los menores no acompañados que ya están atendiendo”*.



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 tutela 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.



Como ya advertimos en el Auto por el que se accedió la medida cautelar inaudita parte, la medida acordada supone modificar el procedimiento hasta entonces seguido para la acogida de los menores inmigrantes que llegan a las costas de las Islas Canarias, al supeditar ahora la recepción de nuevos menores a la previa autorización de las autoridades autonómicas competentes.

En sus alegaciones, la Comunidad Autónoma aduce que el punto del acuerdo impugnado tiene como destinatarias las entidades colaboradoras, y que su finalidad es recordar a estas entidades que la puesta a disposición tiene que tener lugar en los servicios sociales, sin embargo ello no es lo que se deduce del texto del acuerdo ni de su parte dispositiva, que, reiteramos, lo que ordena es que las entidades colaboradoras no reciban nuevos migrantes con cargo a la Comunidad Autónoma, salvo autorización expresa de la autoridad competente.

Ello supone que los menores ya no serían derivados directamente a los centros de acogida gestionados por las entidades colaboradoras contratadas por el Gobierno del Canarias, sino que su recepción en estos centros quedaría supeditada a la previa comunicación de conformidad o autorización de las autoridades autonómicas competentes, permaneciendo mientras tanto bajo la guarda y custodia de la autoridades estatales encargadas de su recogida en el mar y posterior identificación.

Este modo de proceder comporta un serio riesgo de que se produzcan retrasos en el proceso de asistencia de los menores inmigrantes, al verse demorado su ingreso en los centros de acogida, con los consiguientes perjuicios que ello puede causar a un colectivo que, por sus circunstancias, resulta especialmente vulnerable, al ser los centros de acogida los dispositivos a través de los que se vehiculiza y gestiona toda la ayuda que precisan estos menores para atender a sus necesidades básicas.

No somos ajenos a la grave crisis migratoria que está sufriendo las Islas Canarias, y también comprendemos el interés de la administración autonómica en intentar ordenar la recepción de nuevos menores de cara a una mejor gestión de los ya desbordados recursos de los que dispone, pero lo que tenemos valorar en este incidente es si aplicación de la medida acordada con este legítimo propósito puede hacer perder su finalidad legítima al recurso interpuesto, y, a la vista de lo ya razonado, consideramos que sí, habida cuenta de que los afectados por la medida son los menores migrantes cuyos derechos fundamentales se tratan de salvaguardar a través del recurso interpuesto.

Por otro lado, no advertimos que la adopción de la medida cautelar comporte una perturbación grave de los intereses generales, pues supone mantener el status quo existente, y, por el contrario, con su acogimiento se trata de preservar el interés superior del menor, siempre digno de protección pero, en este caso, con mayor intensidad, al tratarse de menores migrantes no acompañados y, por tanto, especialmente vulnerables.

Por todo lo expuesto, procede acceder a la medida cautelar solicitada por la representación procesal de la RED ESPAÑOLA DE INMIGRACIÓN Y AYUDA AL REGUFIADO, manteniendo la suspensión acordada por Auto de fecha 25 de septiembre de 2024.

**CUARTO.-** En materia de costas, de conformidad con lo establecido en el Art 139.1 de la LJCA, en la redacción dada por la Ley 37/2011, no procede su imposición a ninguno de los



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 tutela 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.



litigantes por presentar el caso serias dudas, dado el carácter cautelar de este incidente, en el que se confrontan puntos de vista necesariamente provisionales.

Vistos los artículos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso

### PARTE DISPOSITIVA

**LA SALA ACUERDA:** Acceder a la medida cautelar interesa por la Procuradora Dña. Adriana Domínguez Cabrera, en nombre y representación de la RED ESPAÑOLA DE INMIGRACIÓN Y AYUDA AL REFUGIADO , manteniendo la suspensión acordada por Auto de fecha 25 de septiembre de 2024. Todo ello sin realizar pronunciamiento en materia de costas procesales.

Esta resolución no es firme y contra ella cabe interponer recurso de reposición dentro de los cinco días siguientes a su notificación ante este mismo Tribunal.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados indicados en el encabezamiento, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia doy fe.