

Foro de Actualidad

Derechos Humanos

EL ARTÍCULO 35.11 DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 DE EXTRANJERÍA: MECANISMO PARA LA ASUNCIÓN DE TUTELA DE MENORES EXTRANJEROS POR PARTE DE DETERMINADAS ENTIDADES DEDICADAS A LA PROTECCIÓN DE MENORES

Aina Valls Bolta y Julia Rodrigo Sanz

Abogadas del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Valencia)

El artículo 35.11 de la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería: mecanismo para la asunción de tutela de menores extranjeros por parte de determinadas entidades dedicadas a la protección de menores

Las administraciones autonómicas asumen ope legis la tutela de los menores extranjeros no acompañados, los cuales se encuentran en situación de desamparo. El artículo 35.11 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ("LOEX") introdujo un mecanismo innovador en virtud del cual esa tutela podía ser asumida por "organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores", a través de la suscripción de convenios

por parte de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas. El precepto analizado contiene una regulación exigua y poco detallada sobre el contenido y régimen jurídico de esos convenios. Adicionalmente, no existen precedentes administrativos o jurisprudenciales sobre la interpretación y aplicación del artículo 35.11 de la LOEX. Ante ello, el presente artículo pretende identificar los elementos esenciales para el funcionamiento y viabilidad jurídica de este mecanismo.

PALABRAS CLAVE:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO, TUTELA, PROTECCIÓN DE MENORES.

Article 35.11 of Basic Law 4/2000 non-national's rights: a way for non-governmental organisations, foundations and entities that protect children to assume their guardianship

Spain's regional governments assume legal guardianship of unaccompanied non-national minors who are deprived of parental care. Article 35.11 of Basic Law 4/2000 of 11 January on the rights, freedoms and social integration of non-nationals in Spain ("Basic Law 4/2000") introduced an innovative mechanism through which "non-governmental organisations, foundations and entities committed to child protection" can assume such guardianship if the General State Administration and the regional governments sign agreements to that effect. But that provision does not stipulate what these agreements should contain and how they should be regulated, providing only minimal detail. Nor are there administrative precedents or case law on how article 35.11 of Basic Law 4/2000 is to be interpreted or applied. This article aims to identify the essential elements for this mechanism to function and be legally viable.

KEYWORDS:

MINOR'S BEST INTEREST, UNACCOMPANIED NON-NATIONAL MINORS, GUARDIANSHIP, CHILD PROTECTION.

FECHA DE RECEPCIÓN: 1-6-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 6-6-2023

Valls Bolta, Aina; Rodrigo Sanz, Julia (2023). El artículo 35.11 de la Ley Orgánica 4/2000 de Extranjería: mecanismo para la asunción de tutela de menores extranjeros por parte de determinadas entidades dedicadas a la protección de menores. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, pp. 237-248 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

De conformidad con los artículos 172.1 y 222 del Código Civil, la tutela de los menores extranjeros no acompañados que estén en situación de desamparo corresponde, por ministerio de la ley, a las entidades públicas a las que las Comunidades Autónomas hayan encomendado la protección de menores.

Por excepción a la anterior norma general, la LOEX introduce en su artículo 35.11 la novedosa posibilidad de que la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas puedan establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los menores extranjeros no acompañados.

El citado precepto continúa fijando el contenido mínimo del convenio, que comprende el número de menores cuya tutela se compromete a asumir la entidad en cuestión, el lugar de residencia y los medios materiales que se destinarán a la atención de los menores. Adicionalmente se refiere

al procedimiento de constitución de tutela y, en concreto, al órgano competente para constituirla (juez del lugar donde vaya a residir el menor), al promotor de la constitución de tutela (administración autonómica bajo cuya custodia esté el menor) y a los requisitos para constituirla (aportación del convenio y conformidad de la entidad que vaya a asumir la tutela). Por último, finaliza el artículo haciendo referencia a la normativa aplicable a la tutela, esto es, al Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y demás normas sobre protección de menores.

El artículo 35.11 de la LOEX fue introducido en la Ley Orgánica 2/2009 mediante una enmienda cuyos firmantes eran los diputados del Grupo Parlamentario Mixto, concretamente del partido Coalición Canaria. Esta enmienda se propuso en el contexto de la denominada *crisis de los cayucos* en 2009, cuando se produjo un extraordinario número de llegadas de personas a las islas Canarias por vía marítima.

El informe de la ponencia de esta reforma normativa concluye que la finalidad perseguida por la norma es doble: por un lado, mejorar el sistema de gestión y ordenación de los flujos migratorios, teniendo en cuenta el contexto de la citada *crisis de los cayucos*; y, por otro lado, lograr el interés superior del menor, mejorando su integración y el tratamiento de su situación al disponer de nuevos instrumentos, como el artículo 35.11 de la LOEX. Dicha doble finalidad permite interpretar desde un punto de vista finalista o teleológico el alcance y los efectos de la norma.

Este precepto nunca ha sido aplicado, por lo que no existen precedentes administrativos o jurisprudenciales sobre su interpretación y aplicación. El presente artículo tiene por objeto exponer la forma en que debe interpretarse este precepto y los elementos fundamentales en él contenidos para que este instrumento, establecido en nuestra legislación vigente, pueda ser puesto en marcha con viabilidad jurídica.

2. Artículo 35.11 de la LOEX: finalidad e interpretación a la luz del principio del interés superior del menor

2.1. Finalidades perseguidas por el precepto

2.1.1. MEJORA DEL SISTEMA DE GESTIÓN Y ORDENACIÓN DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS

La llegada a España de menores con perfiles de especial vulnerabilidad que requieran de una atención especializada, en contextos de afluencias con un elevado número de llegadas, puede tensionar los recursos ordinarios de la Administración competente. Pese a ello, el principio del interés superior del menor no puede verse atenuado o excepcionado por esta causa.

La llamada *crisis de los cayucos* en Canarias inspiró el artículo 35.11 de la LOEX, habiendo apreciado el legislador la improcedencia de que la Comunidad Autónoma de Canarias tuviese que asumir por sí sola las consecuencias de esos flujos migratorios extraordinarios.

En situaciones como la expuesta, podemos encontrarnos ante menores extranjeros con circunstancias de especial vulnerabilidad (solicitante de protección internacional, víctima de abusos, violencia, etc.), que puedan incurrir en el riesgo de no recibir una atención urgente y adecuada a sus necesidades por una tensión en los recursos ordinarios de la administración autonómica. El artículo 35.11 de la LOEX permite ofrecer a esos menores una atención urgente y adecuada a sus necesidades, y, por tanto, constituye un instrumento a disposición de las Comunidades Autónomas para dar un tratamiento prioritario a estos casos especialmente sensibles. Este instrumento de colaboración público-privada va en línea con lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014) SEC(2010)534. Este documento señala que el enfoque que hay que aplicar para el respeto de los derechos de los niños *"también debería basarse en la solidaridad y la responsabilidad compartida entre los Estados miembros y los países de origen y tránsito, así como en la cooperación reforzada con organizaciones especializadas de la sociedad civil y las organizaciones internacionales"*.

2.1.2. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El interés superior del menor es un principio general del derecho que debe regir toda actuación o medida adoptada respecto de un menor (artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño; artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil —"LOPJM"—). Desde un punto de vista jurídico, el interés superior del menor deberá ser, en cada caso, la consideración primordial a tener en cuenta cuando una autoridad (administrativa o judicial) adopte una decisión que afecte al menor, debiendo prevalecer sobre cualquier otra consideración.

El artículo 35.11 de la LOEX persigue lograr el interés superior del menor con una mejora de atención a los niños y niñas. Para entender la lógica de este precepto hay que prestar atención a las circunstancias específicas del fenómeno al que pretende dar respuesta: *"la infancia en movimiento"*. Nos hallamos ante unos menores de edad que viajan solos en un proceso migratorio y que pueden tener unas necesidades de atención e integración especiales. Pueden encontrarse en circunstancias de especial vulnerabilidad, como ser solicitantes de asilo o víctimas de situaciones de abusos o violencia. Estas circunstancias no concurren en otros menores tutelados o concurren de forma muy excepcional. Pues bien, esas circunstancias especiales pueden justificar que, en determinados casos, la respuesta óptima a las necesidades de atención pueda ser la asunción de la tutela por parte de entidades privadas especializadas en la protección de menores.

Efectivamente, es preciso prestar atención a que el artículo 18 de la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, establece que, respecto de menores que hayan sido víctimas de *"cualquier forma de abuso, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano o degradante o que hayan sido víctimas de conflictos armados"*, los Estados miembros tienen las siguientes obligaciones: (a) procurar que tengan acceso *"a los servicios de rehabilitación"*, (b) velar por que se les preste *"atención psicológica adecuada"* y (c) proporcionar *"asistencia cualificada cuando sea necesario"*.

Por su parte, el artículo 19 de la mencionada Directiva trata específicamente el supuesto de los menores extranjeros no acompañados, y obliga a los Estados miembros a que se adopten, lo más rápidamente posible, *"las medidas necesarias para asegurar la representación de los menores no acompañados mediante una tutela legal o, en su caso, la representación mediante una organización nacional encargada del cuidado y bienestar del menor, o bien otro tipo de representación adecuada"*.

Atendiendo a lo anterior, el legislador europeo identifica que los menores pueden haber sido víctimas de abusos o situaciones de violencia grave, lo que genera unas obligaciones de asistencia cualificada para los Estados miembros. Asimismo, respecto de los menores extranjeros no acompañados (con carácter general), se obliga a los Estados miembros a establecer una tutela o representación adecuada.

Aunque estas disposiciones están centradas en los menores solicitantes de protección internacional, los rasgos de vulnerabilidad identificados por el legislador comunitario muestran la necesidad de aplicar los máximos recursos cualitativos para la atención de estos menores de edad.

Con estos parámetros, el artículo 35.11 de la LOEX puede constituir un mecanismo idóneo para cumplir con las obligaciones de atención de menores de edad extranjeros en situación de vulnerabilidad y con el principio del interés superior del menor. Es un instrumento que permite a las Administraciones públicas competentes promover la asunción de la tutela de menores con necesidades especiales (por razones de vulnerabilidad) por parte de entidades especializadas en estos casos.

2.2. Encaje del artículo 35.11 de la LOEX con las disposiciones del Código Civil en materia de tutela de menores

A los efectos que interesan al presente artículo, pueden destacarse tres previsiones del Código Civil en materia de tutela ordinaria:

- i. Las administraciones autonómicas tienen encomendada la asunción de la tutela de los menores desamparados en su territorio, por ministerio de la ley (artículos 172.1 y 222 del Código Civil).
- ii. No obstante, si existiesen personas que por sus relaciones con el menor u otras circunstancias pudiesen asumir la tutela en interés del menor, el juez designado promoverá el nombramiento del tutor que considere idóneo (artículos 172.4, 214 y 222 del Código Civil).
- iii. Las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la protección y asistencia de menores, podrán ser designados tutores (artículo 212 del Código Civil).

Una lectura en conjunto de estas disposiciones del Código Civil permitiría concluir (incluso sin existir el artículo 35.11 de la LOEX) la viabilidad jurídica de que una persona jurídica sin ánimo de lucro y que tuviese como fin la protección de los menores pudiese asumir la tutela de menores extranjeros no acompañados. Por tanto, la innovación jurídica que supone el artículo 35.11 de la LOEX no constituye una norma especial contradictoria a la norma general, sino una aplicación específica de lo ya previsto en el Código Civil para este colectivo de menores de edad.

3. Partes del convenio

Como se ha visto, el artículo 35.11 de la LOEX faculta a *“la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas para establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores”* con el objetivo de que estas últimas asuman la tutela ordinaria de menores extranjeros no acompañados. El elemento subjetivo del convenio estaría conformado por las siguientes partes:

3.1. La Comunidad Autónoma

En el caso de los menores extranjeros no acompañados que se encuentran en situación de desamparo, será la Comunidad Autónoma donde radiquen la que deba asumir su tutela por ministerio de la ley. Por tanto, es lógico y necesario que la administración autonómica, actuando a través del órgano competente para la tramitación y firma del convenio, sea parte de ese convenio de colaboración.

3.2. La Administración General del Estado

En primer lugar, conviene aclarar que la participación de la Administración General del Estado no respondería al ejercicio de sus competencias en materia de extranjería, ya que los acuerdos de los artículos 35.11 y 35.12 de la LOEX no afectan a las competencias sobre extranjería del Estado.

Sentado lo anterior, el artículo 35.11 de la LOEX genera dudas acerca de si es indispensable que participen simultáneamente en todos los convenios que se suscriban al amparo del artículo 35.11 de la LOEX la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma correspondiente (*“La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas podrán establecer convenios con [...]”*), o si, por el contrario, la participación de la Administración General del Estado es potestativa. En relación con esta disyuntiva pueden plantearse las siguientes consideraciones:

- i. Argumento a favor del carácter facultativo de la participación de la Administración General del Estado: en una interpretación sistemática del artículo 35 de la LOEX podemos apreciar que las Comunidades Autónomas pueden llegar a acuerdos con otras Comunidades Autónomas para asumir la tutela de menores extranjeros, sin que en tales casos sea necesaria la participación de la Administración General del Estado (artículo 35.12 de la LOEX). Si se llega a la conclusión de que no es necesaria la participación de la Administración estatal en la derivación de menores entre diferentes Comunidades Autónomas, tampoco parecería necesaria en el traspaso de la tutela de una Comunidad Autónoma a una entidad privada especializada.
- ii. Argumento en contra del carácter facultativo de la participación de la Administración General del Estado: una interpretación que permitiese la firma de estos convenios de forma individual por parte de las Comunidades Autónomas con entidades privadas supondría que la Administración General del Estado también tendría que poder firmar esos convenios de forma individual (esto es, dando lugar a un convenio entre la Administración

General del Estado y la entidad privada). No parece acertado jurídicamente que pueda celebrarse un convenio del artículo 35.11 de la LOEX sin contar con la participación de la Comunidad Autónoma que tiene bajo su tutela a los menores de edad.

A la vista de los anteriores argumentos, una interpretación razonable conduce a concluir que no es indispensable, pero sí conveniente, la participación de la Administración General del Estado en la suscripción de los convenios entre las Comunidades Autónomas y las entidades privadas. Aunque en términos estrictamente jurídicos sería defendible que esa participación no es indispensable, la conveniencia de que la Administración General del Estado sea también parte del convenio puede sustentarse en la aportación de ciertas ventajas, tales como que esta última puede promover contactos entre las otras partes y llevar a cabo labores de coordinación entre los dos sujetos principales de la relación, esto es, entre las Comunidades Autónomas y las entidades privadas participantes del convenio.

Otra ventaja adicional de la participación de la Administración General del Estado en el convenio es la posibilidad de que esta pueda aportar financiación sirviéndose de esta vía como fundamento legal, pues el legislador ha previsto el mecanismo del artículo 35.11 de la LOEX para aportar un recurso extraordinario a las Comunidades Autónomas que puedan tener tensionados sus recursos ordinarios en materia de protección de menores. Resulta razonable, pues, que el Estado, en esa función de fomento y coordinación, pueda aportar financiación (eventualmente a través de subvenciones públicas) para que ese mecanismo sea eficaz y logre el fin previsto por el legislador.

3.3. Organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores

El artículo 35.11 de la LOEX únicamente precisa que la tutela se podrá atribuir en virtud del convenio a organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades "*dedicadas a la protección de menores*". Más allá de esta premisa, no existe ningún requisito específico sobre la aptitud, capacidad y solvencia de estas entidades. Sin perjuicio de lo anterior, es evidente que los principios generales del derecho (en especial, el principio del interés superior del menor) sí requieren que esas entidades que asuman la tutela reúnan una serie de criterios específicos que las conviertan en óptimas. Por ello, entendemos que, además de ser una entidad sin ánimo de lucro de las mencionadas entre cuyos fines figure la protección y asistencia a menores, tal y como establece el artículo 212 del Código Civil, se debe exigir plena capacidad, ausencia de causa de inhabilidad, solvencia técnica y determinada aptitud y solvencia económica (y poder asegurarla durante el tiempo que esté prevista la tutela) y medios y personal adecuado. Todos estos aspectos en detalle, dado que resultarán esenciales para el correcto traspaso y ejercicio de la tutela, deberán preverse suficiente y ordenadamente en el convenio.

4. Beneficiarios del convenio: los menores cuya tutela será asumida por las organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores

El artículo 35.11 de la LOEX se limita a establecer que se podrá atribuir la tutela de los *"menores extranjeros no acompañados"*, sin especificar si deben cumplir algún requisito adicional, tal como edad o perfil de vulnerabilidad. No obstante, parece coherente que se priorice en su aplicación a los menores en situaciones de especial y reforzada vulnerabilidad, como son los menores solicitantes de protección internacional o los menores en riesgo de ser víctimas de trata de personas.

El informe del Defensor del Pueblo sobre *"Migración en Canarias"* (2021) puso de relieve que, a pesar del número significativo de menores con necesidad de protección internacional detectado en su análisis, no se había registrado ni una sola solicitud de protección internacional en todo el año 2020 y, por este motivo, citaba el mecanismo del artículo 35.11 de la LOEX como un instrumento idóneo para ofrecer la atención necesaria a estos menores.

Por otro lado, la Observación General N.º 6 (2005) sobre el *"Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen"*, elaborada por el Comité de los Derechos del Niño, indicaba que estos menores están sujetos a una *"mayor exposición a la explotación y abusos sexuales, al reclutamiento en fuerzas armadas, al trabajo infantil (también a beneficio de sus familias de adopción) y a la privación de libertad"*, siendo *"particularmente vulnerables a la explotación y los malos tratos"*, unos peligros que son mayores para los menores, ya que adicionalmente están *"particularmente expuestas a la violencia de género y, en particular, a la violencia doméstica"*.

Al respecto conviene señalar que existe una voluntad legislativa de reforzar la cooperación público-privada en materia de extranjeros en situación de vulnerabilidad, de la que es reflejo no solamente el artículo 35.11 de la LOEX, sino también el artículo 59 bis.6 del mismo cuerpo legal, que establece la posibilidad de colaborar con las organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro que tengan por objeto la acogida y protección de las víctimas de la trata de seres humanos, así como el artículo 146.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que también prevé la necesidad de recursos específicos para aquellos menores extranjeros no acompañados que hayan sido víctimas de trata de seres humanos.

5. Naturaleza jurídica del convenio del artículo 35.11 de la LOEX y régimen jurídico aplicable

El convenio del artículo 35.11 de la LOEX no tiene la naturaleza jurídica de un contrato del sector público sujeto a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ("LCSP"), puesto que no es un contrato oneroso con obligaciones sinalagmáticas y recíprocas, ni tampoco tiene por objeto la prestación de un servicio o la gestión de un servicio público.

En consecuencia, la LCSP no será aplicable, en este caso, ni en relación con el procedimiento de preparación y selección de los entes privados que suscribirán el convenio ni en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de este.

El convenio previsto en el artículo 35.11 de la LOEX constituye uno de los supuestos de los convenios que pueden suscribir las Administraciones públicas de conformidad con los artículos 47 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, la cual deberá complementar las mínimas previsiones del artículo 35.11 de la LOEX en lo relativo a su régimen jurídico, contenido y procedimiento de aprobación.

Por consiguiente, estos convenios pueden ser suscritos por Administraciones públicas entre sí o *"con sujetos de derecho privado para un fin común"* (artículos 47.1 y 48.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, "LRJSP"), siendo un instrumento que da cabida a la formalización de un acuerdo entre las administraciones autonómicas y estatal y las organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores.

La suscripción de estos convenios debe *"mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera"* (artículo 48.3 de la LRJSP). Este requisito se cumpliría en el presente caso atendiendo a la específica finalidad perseguida por el artículo 35.11 de la LOEX.

En cuanto a su duración, los convenios deben tener necesariamente una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años según el artículo 49.h de la LRJSP. Antes de la finalización del plazo de duración del convenio, las partes podrán acordar por unanimidad la prórroga del convenio por un periodo de cuatro años adicionales o su extinción.

Este plazo máximo solamente afectará a los compromisos entre las partes del convenio, pero no afectará a las tutelas constituidas por el juez competente respecto de menores concretos, que podrían tener, por hipótesis, una duración superior a cuatro años en función de la edad del menor en el momento de inicio de la tutela.

En cuanto a la financiación de la actividad objeto de los convenios celebrados al amparo del artículo 35.11 de la LOEX, en la medida que su celebración supone que entidades privadas asumirán la tutela de menores extranjeros no acompañados y que, junto con la asunción de la tutela, se asu-

men también obligaciones, responsabilidades y costes relevantes, es razonable que los costes de la tutela reciban una financiación pública.

Es preciso que en el convenio quede reflejada toda la información sobre esa financiación (compromisos asumidos, administración o administraciones responsables de la financiación, etc.).

No existe una única solución posible sobre el modo de estructurar esos fondos públicos, pero podemos apuntar como opciones la financiación por parte de la Comunidad Autónoma y de la Administración General del Estado mediante subvención directa a las fundaciones, pues la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, dispone que es viable jurídicamente la concesión directa de subvenciones (esto es, sin un procedimiento de pública concurrencia, cuando existan razones de interés público, social y humanitario o una combinación de ambas fuentes de financiación).

6. Procedimiento aplicable para la suscripción del convenio y su ejecución

6.1. Formalización del convenio

El artículo 35.11 de la LOEX no regula ningún procedimiento para la aprobación y formalización del convenio. Tampoco identifica si ese procedimiento debe instarse de oficio o puede iniciarse a instancia de parte.

De conformidad con los principios y reglas generales sobre procedimiento administrativo común, debe considerarse que este procedimiento puede iniciarse a instancia de parte, por lo que la entidad privada interesada podrá presentar la documentación relativa al proyecto ante la administración autonómica competente para que esta valore la procedencia de aplicar el mecanismo establecido en el artículo 35.11 de la LOEX. Paralelamente, se podrá iniciar la tramitación del procedimiento administrativo para la aprobación del convenio y su formalización por las partes.

La segunda fase del procedimiento consistiría en la identificación, por parte de la entidad privada interesada, de los menores vulnerables que pudiesen verse favorecidos por el mecanismo del art. 35.11 de la LOEX, atendiendo a sus necesidades específicas, con la previa autorización de la administración autonómica competente. Habida cuenta de que el objetivo de estas actuaciones es identificar a los menores con perfiles e historias de especial vulnerabilidad (necesidades de protección internacional, víctimas de violencia y/o abusos, etc.), cuya tutela pudiesen asumir de forma idónea las entidades privadas, lo conveniente sería que tal misión de identificación se llevase a cabo sobre el terreno, mediante el envío de personal durante un periodo de tiempo limitado.

Necesariamente, esta misión de identificación requerirá de la aprobación de la administración autonómica competente, incluyendo la autorización necesaria para que ese personal pueda acceder a los centros e instalaciones donde están alojados los menores extranjeros, la identificación de la persona responsable de la administración autonómica competente que supervisa la misión

y ejerce como persona de enlace, y una descripción del tiempo y actuaciones que se desarrollarán. Sobre la financiación de los costes de estas actuaciones, debería valorarse la posibilidad de otorgar una subvención en estos momentos o esperar a la formalización del convenio del artículo 35.11 de la LOEX para regular esta cuestión.

Esta misión de identificación finalizaría con un informe elaborado por el personal de la entidad privada interesada que sería puesto a disposición del órgano correspondiente de la administración autonómica competente.

Atendiendo a la identificación de menores vulnerables que pueden requerir de una atención de urgencia, la administración autonómica competente podría acordar desde ese momento la guarda provisional de los menores por parte de la entidad privada interesada, previamente a la suscripción del convenio, en atención al interés superior del menor.

En relación con esta medida de protección de guarda provisional, es necesario precisar que la tutela la seguirá manteniendo, provisionalmente, la Comunidad Autónoma correspondiente, sin que sea necesaria la autorización judicial por tratarse de una medida administrativa que podría ser acordada por la administración autonómica competente, siempre y cuando tenga competencias para ello.

En caso de que la medida de protección de guarda provisional sea adoptada, será necesaria la coordinación con la Comunidad Autónoma donde vaya a residir el menor, por lo que la administración autonómica a la que corresponda la tutela del menor en cuestión deberá comunicar previamente a la Comunidad Autónoma de destino su intención de que un menor de edad tutelado sea trasladado al territorio de la otra Comunidad Autónoma, en régimen de guarda provisional por alguna de las entidades privadas interesadas y en el marco del convenio del artículo 35.11 de la LOEX.

El procedimiento para la suscripción del convenio deberá ceñirse a la normativa autonómica que regule los convenios que pueden suscribir las Administraciones públicas de conformidad con los artículos 47 y siguientes de la LRJSP. Sin perjuicio de las particularidades de la normativa de cada Comunidad Autónoma, antes de la aprobación del convenio y su suscripción, la administración autonómica competente deberá, entre otros asuntos, preparar una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no contractual de la actividad en cuestión; preparar un informe sobre cobertura presupuestaria del gasto en caso que del convenio se derivaran obligaciones económicas; acreditar el carácter financieramente sostenible del convenio mediante el correspondiente documento contable, y recabar el informe preceptivo de los servicios jurídicos.

Para el caso de que la Administración General del Estado fuese parte del Convenio, de acuerdo con la LRJSP, el Ministerio competente del Gobierno de España debería preparar una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad, su impacto económico y el carácter no contractual de la actividad en cuestión, además de recabar el informe del servicio jurídico y acreditar la existencia de crédito presupuestario cuando el Estado asuma, en el ámbito de sus competencias, los compromisos frente a terceros.

El convenio se perfeccionará por la prestación del consentimiento de las partes, deberá ser registrado en los registros de cada una de las administraciones firmantes y deberá publicarse oficialmente.

6.2. Procedimiento judicial para la constitución de la tutela

Suscrito el convenio, a solicitud de la administración autonómica competente, se iniciaría el procedimiento judicial para la constitución de las tutelas de los menores concretos por la entidad privada interesada, al cual le serán de aplicación los artículos 43 y siguientes de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015), y supletoriamente se aplicará la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y el Código Civil, en las disposiciones relativas a la tutela.

Finalmente, constituida la tutela, correspondería a la entidad privada interesada, a la administración autonómica y al órgano judicial competente adoptar las medidas necesarias para la ejecución del convenio y el seguimiento de la tutela.

7. Conclusiones

El artículo 35.11 de la LOEX es una norma especial que, siendo acorde con las disposiciones del Código Civil sobre la tutela de menores, supone una herramienta innovadora que responde a un fenómeno muy concreto, esto es, *la infancia en movimiento*, y que permite atribuir la tutela de estos menores a fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro entre cuyos fines figure la protección y asistencia de menores, todo ello atendiendo al interés superior del menor. Dicha norma, que hasta el momento no se ha aplicado, puede ser una herramienta útil en un futuro tanto para afrontar futuras crisis migratorias como para aliviar la tensión de recursos acumulada.