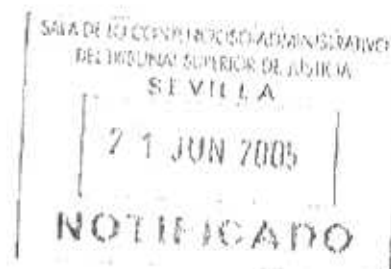


SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE SEVILLA
SECCIÓN TERCERA

RECURSO Nº 904/02
(PROC. PROTECCIÓN DERECHOS FUNDAMENTALES)

Ilmos. Sres.
D. Ruperto Martínez Morales, Presidente
D. Alfonso Martínez Escribano
D. Enrique Gabaldón Codesido

SENTENCIA



En Sevilla, a 19 de mayo de 2005

Vistos los autos citados, seguidos ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, en el que ha sido parte actora D. Subdelegación del Gobierno en Córdoba, y demandada la D. Enrique Gabaldón Codesido, se ha dictado ésta de acuerdo con los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso contencioso-administrativo, se ha incoado y seguido procedimiento para la protección de los derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Presentada la demanda. El Ministerio Fiscal informa favorablemente la estimación del recurso. La parte demandada, en su contestación a la demanda, solicitó una sentencia confirmatoria de la resolución recurrida.

TERCERO.- Los autos tuvieron la tramitación que consta en los mismos.

CUARTO.- Señalado día para su votación y fallo esta tuvo lugar con el resultado que a continuación se expone.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al amparo del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en los arts. 114 a 121 LJCA, se impugna Resolución de 3 de julio de 2002, del Subdelegado del Gobierno en Córdoba por la que se desestima recurso de reposición contra Resolución

denegatoria de exención de visado a fin de obtener la tarjeta de familiar de residente comunitario.

SEGUNDO.- El actor es mayor de 21 años, de nacionalidad argentina, hijo de padre español residente en Argentina del que dependen económicamente, encontrándose en España para la realización de estudios. El 26 de febrero de 2002, solicitó exención de visado para la obtención de tarjeta comunitaria. La solicitud fue denegada por la resolución que aquí se recurre, con fundamento en que la exención de visado tiene un carácter excepcional y está condicionada a la acreditación de la concurrencia de alguno de los supuestos del art.49.2 RD 429/2001, concurrencia no acreditada.

El actor alega, en esencia, que estas resoluciones son contrarias a los arts.14 y 19 de la Constitución. El primero de ellos por atentar a la igualdad en el trato jurídico, en relación a la solicitud de otro supuesto idéntico y resulta favorablemente. El segundo por atentar contra la libertad de circulación de los extranjeros en España. Entiende que le es de aplicación lo dispuesto en el art.2 RD 766/92.

TERCERO.- El actor como descendiente de ciudadano de país miembro de la UE (español en este caso), se beneficia del régimen especial relativo a la entrada, permanencia y trabajo en España de nacionales de Estados miembros de la Comunidades Europeas. Básicamente constituido por el Real Decreto 766/92 (vigente cuando se solicitó la exención de visado). Aplicable a los nacionales de los Estados Miembros (art. 1º) y además, por lo que aquí nos interesa, "a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros estados miembro de las Comunidades Europeas", entre ellos "a sus descendientes... menores de 21 años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas". Añade el art.6 que dichos familiares de españoles que no ostentaren la nacionalidad de uno de los Estados miembros, y deseen residir en España, se les expedirá una tarjeta de residencia, a cuyo efecto se exige, entre otros, la extensión de visado en el pasaporte (art. 9) de cuya presentación, no obstante, podrá eximirse por razones excepcionales (art. 10,3 d).

CUARTO.- En el caso presente la existencia de las "razones excepcionales" que sirven a justificar la exención interesada (hijo de español, con arraigo en este territorio donde cursa estudios) se ha apreciado por la administración en el supuesto del ciudadano argentino

está acreditado que, en circunstancias prácticamente idénticas, se otorgó la exención de visado, por apreciar la concurrencia de la causa del apartado 2 a) OM de 11 de abril de 1996; "Podrá concederse excepcionalmente exención de visado por las autoridades competentes siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante y concorra alguno de los siguientes supuestos: a) Extranjeros cuya residencia en España sea considerada de interés público". En el supuesto de autos, la administración aplica la norma posterior, pero con igual contenido, el art.49.2 l) RD 864/2000, que establece la concepción excepcional de visado a; "l) Extranjeros cuya residencia en España sea considerada de interés público."

La ausencia de justificación por la administración de las razones para esta diferencia en el trato, denegando la exención de visado al actor, ha de estimarse un supuesto de actuación arbitraria contraria al derecho a la igualdad, procediendo reconocer en este caso la exención de visado al darse los requisitos para ello.

QUINTO.- Finalmente, por lo que se refiere a la también interesada tarjeta de familiar de residente comunitario,

El concepto comunitario de "Ciudadanía de la Unión Europea" se integra en el reconocimiento de una diversidad de derechos y obligaciones y, entre ellos, el derecho a la libre elección de residencia en España como parte del territorio comunitario europeo, libertad de circulación y, en consecuencia, permanencia en España que cobra peculiares matices cuando se trata de ciudadanos de Estados miembros de la UE, por aplicación del núcleo normativo común, tomando siempre como punto de referencia o marco necesario los arts. 48 y 52 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea que reconoce los principios de libre circulación y libertad de establecimiento de los nacionales de los Estados miembros en cualquiera de estos.

Este régimen especial ha sido plasmado en el RD 766/92 sobre "Entrada y Permanencia en España de nacionales de Estados Miembros de las Comunidades Europeas" cuyo art. 1 indica que "regula las formalidades administrativas para el ejercicio de los derechos de entrada y permanencia en España, por parte de los nacionales de los Estados miembros".

Añadiendo el art. 2º que "se aplicará también, cualquiera que sea su nacionalidad, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros que a continuación se relacionan:

a) A sus descendientes ..menores de 21 años que vivan a sus expensas".

Y el art. 4 reconoce expresamente el derecho de las personas a las que extiende su ámbito de aplicación, a entrar, salir, circular, permanecer y residir libremente en territorio español "previo el cumplimiento de las formalidades previstas por este y sin perjuicio de los límites establecidos en el Capítulo III", añadiendo en su apartado 3 que "los titulares de los derechos a que se refieren los apartados anteriores, estarán obligados, en los supuestos y en la forma prevenida en este R. Decreto, a solicitar una tarjeta de residencia", remitiendo en cuanto a formalidades a lo dispuesto en el art. 10.

Por su parte el art. 6.5 contempla la modalidad de "tarjeta de familiar de residente comunitario, a la que se acogió el actor en razón de su filiación (hijo de español).

Pues bien, en los términos exigidos en el art. 10 el actor acreditó, con la documentación acompañada a su solicitud, su identidad, parentesco con español, que depende económicamente de su padre, que cursa estudios en Córdoba, de donde se concluye el cumplimiento de los requisitos exigidos para la concesión de la tarjeta interesada, teniendo en cuenta que, como señalamos

precedentemente, en el supuesto que nos ocupa procedía la exención de visado.

Ni el expediente, ni la resolución recurrida recogen dato alguno del que concluir óbice, con base a las indicadas razones, para denegar la expedición de la tarjeta interesada, por lo que, reunidos los requisitos precisos, procede su expedición.

SEXTO.- No se aprecia temeridad o mala fe que, conforme al art. 139 de la Ley Reguladora, justifique la expresa imposición de las costas.

Por lo anterior

FALLO

1º.- Estimar el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por D. contra las Resoluciones referenciadas en el fundamento de derecho primero, por las que se deniega exención de visado, que se anulan por contrarias a derecho.

2º.- Se reconoce como situación jurídica individualizada el derecho del actor a obtener la exención de visado y el permiso de familiar de residente comunitario con efectos desde el 2 de julio de 2002, condenando a la Administración a estar y pasar por tales declaraciones.

3º.- No se efectúa expresa imposición de las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.