

**Id. Cendoj:** 28079130062007100234  
**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 6  
**Nº de Recurso:** 10227/2003  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 19/06/2007  
**Procedimiento:** RECURSO CASACIÓN  
**Ponente:** OCTAVIO JUAN HERRERO PINA  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Resumen:**

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: RELACIÓN DE CAUSALIDAD INEXISTENTE.

---

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Junio de dos mil siete.

Visto por esta Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. Rosalía Rosique Samper en nombre y representación de D. Jose Ángel , contra la sentencia de 2 de octubre de 2003, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 778/2001, en el que se impugna la resolución del Ministro de Defensa de 1 de marzo de 2001, notificada el 6 de abril de 2001 y confirmada en reposición por la de 6 de junio de 2001, por la que se acuerda el archivo con arreglo al art. 92 de la Ley 30/92 del expediente de responsabilidad patrimonial instruido a resultas de la reclamación formulada por D. Jose Ángel solicitando una indemnización de 160.000.000 pesetas. Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado representada por el Abogado del Estado

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de octubre de 2003 , objeto de este recurso, contiene el siguiente fallo: "La estimación parcial del presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de DON Jose Ángel , contra las resoluciones ministeriales de uno de marzo y seis de junio de dos mil uno, que se anulan por ser contrarias al ordenamiento jurídico y se determina como indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado la cantidad de seis mil euros a favor del recurrente. Sin costas."

SEGUNDO.- Una vez notificada la citada sentencia y denegada aclaración, se presentó escrito por la representación procesal de D. Jose Ángel , manifestando su intención de interponer recurso de casación y por diligencia de ordenación de 14 de noviembre de 2003 se tuvo por preparado, siendo emplazadas

las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Con fecha 27 de diciembre de 2003 se presentó escrito de interposición del recurso de casación, en el que se hacen valer nueve motivos de casación al amparo del art. 88.1.c) y d) de la Ley de la Jurisdicción y se solicita que se case y anule la sentencia recurrida y se estime el recurso contencioso administrativo.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara escrito de oposición, solicitándose por el Abogado del Estado la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 13 de junio de 2007, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina, Magistrado de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Mediante escrito de fecha de entrada 6 de mayo de 1999, D. Jose Ángel se dirigió al Ministerio de Defensa solicitando una indemnización de 160.000.000 pesetas, en concepto de responsabilidad patrimonial y al amparo del art. 139 y ss de la Ley 30/92, alegando que se incorporó al servicio militar en el Cuartel de Cartagena Naval el 2 de mayo de 1978 y después de jurar bandera obtuvo destino en la Base de Submarinos, siendo tratado de forma vejatoria y denigrante por sus superiores y humillado constantemente, hasta el extremo de intentar suicidarse, ingresando de urgencia en el Hospital Militar de Marina. Que fue excluido del servicio militar por homosexual, encuadrándolo en la causa del Grupo I, letra A, nº 1, según anexo del Reglamento de la Ley del Servicio Militar aprobado por Decreto 3087/1969, de 6 de noviembre, como consta en su cartilla militar. Entiende que esta situación le ha ocasionado graves e irreversibles lesiones y daños morales, con continuas depresiones y raras físicas y que esa grave discriminación sufrida a lo largo de los años determina una responsabilidad en dos ámbitos, el laboral habiéndole impedido la estabilidad en uno de los ámbitos fundamentales del desarrollo como persona y el ético-social por la marginación sufrida por constar en un documento oficial un aspecto tan íntimo que afecta a sus derechos al honor, la intimidad y la igualdad, así como vulneración a la libertad sexual, concluyendo en la existencia de relación de causalidad entre el cuadro clínico depresivo y las graves consecuencias para su vida y las condiciones en las que se le situó durante la realización del servicio militar.

Por resoluciones de 1 de marzo y 6 de junio de 2001 se acordó el archivo del expediente con arreglo a lo dispuesto en el art. 92 de la Ley 30/92 en razón de que el reclamante no compareció, a pesar de las advertencias de caducidad que se le hicieron, ante el correspondiente Tribunal Médico Militar, para reconocimiento sobre las secuelas alegadas y posibles causas de las mismas.

No conforme con ello formuló recurso contencioso administrativo, en cuya demanda se mantiene la pretensión de indemnización en los términos de la reclamación ante la Administración, que se estima parcialmente por sentencia de 2 de octubre de 2003, en la que se rechaza la caducidad del expediente y en cuanto a la enfermedad y secuelas que se atribuyen

por la parte a su exclusión del servicio militar, señala que corresponde su acreditación a quien reclama, valorando la prueba existente en los siguientes términos: "- El Departamento de Bienestar Social, de Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales de la Generalidad de Cataluña, el 31-III-98, facilita a la Instructora del Expediente de responsabilidad patrimonial, informes de valoración de actor, de los que puede deducirse que ha sido adepto a la heroína desde que estaba en el SM hasta que cumplió los 29 ò 31 años, que se le ha detectado trastorno esquizoafectivo y recibió tratamiento psiquiátrico desde 1989 a 1991, padece hepatitis "C" desde 1997 y se le ha diagnosticado un trastorno delirante límite de la personalidad y delirio querulante contra el Ejército Español, contra el que mantiene una batalla judicial.

El Doctor Pedro Jesús , emite informe el 24-III-98, en relación con el interesado del que se deduce que a los 40 años tiene antecedentes tóxicos por vía parenteral, hepatitis crónica, personalidad límite, dificultades en la estabilidad laboral y en la relaciones interpersonales, descompensaciones puntuales de carácter psicótico, desorganizativo y depresivo, requiriendo desde 1989 a 1993 tratamiento interno en el Instituto Frenopático, al que regreso en mayo del 97. En la exploración destaca una frustración, inestabilidad emocional, impulsividad elevada y actitud reivindicativa y querulante, quejándose contra el Ejército Español, al que considera causante persecutorio de los múltiples daños sufridos a lo largo de su vida derivados de la exclusión del Servicio Militar, lo que le ha llevado en la última década a largos y complejos procedimientos judiciales, que ha convertido en el eje de su vida.

Estima que el establecimiento de un vínculo terapéutico resulta extremadamente dificultoso, siendo refractario al tratamiento con neurolépticos y ansiolíticos, por lo que pronostica una rehabilitación sociolaboral desfavorable.

La psicóloga Doña Penélope aprecia un grado de disminución del 70 %, por el mismo organismo y el 26-VI-00 en el actor.

Los referidos informes, médico y psicológico, son ratificados en el periodo de prueba en estos autos, sobre todo en cuanto que la atribución al Ejército y al SM de los daños que ha padecido y las enfermedades y sus secuelas, pero constituyen una manifestación del interesado y es efectivamente su enfermedad, que no puede descartar la relación de causalidad de dichos males con la referida institución y servicio ni con otras causas, que el interesado explico no querer ir al Hospital Militar de Zaragoza por darle mucho miedo dada la experiencia traumática y conflictiva en el SM motivada por su homosexualidad, que la adición a la heroína, no recuerda con exactitud, si fue consecuencia del SM o de su posterior estancia en la cárcel y que dicha adición sí puede ser causa de los trastornos mentales y que el paciente en su delirio querulante convierte este proceso en el eje de su vida, solamente resarcible con la obtención de una sentencia favorable y no superable con la ayuda terapéutica.

Por parte de la Psicóloga se destacar que, en la valoración del 70% de disminución del actor, intervienen tres factores: médicos, psicológicos y sociales y que dentro de los segundos lo hacen por igual la psicosis y el trastorno límite de la personalidad, así como el delirio querulante.

3.- Esta Sección a la vista de los antecedentes anteriormente reseñados y de las interpretaciones jurisprudenciales citadas, estima que los daños referentes a las enfermedades que padece no se ha acreditado sean consecuencia de sus relaciones militares con la Administración Publica contra la que se reclama, como quedó establecido en la prueba aportada a autos y principalmente en el periodo de esta

naturaleza realizada ante la misma, por lo que no procede atribuir indemnización por este concepto."

No obstante y por lo que se refiere a la causa reseñada en los documentos de exclusión del Servicio Militar, razona la Sala de instancia que: "En el expediente unido a las presentes actuaciones consta certificación del Secretario del Tribunal Médico de la Zona Marítima del Mediterráneo, de 25-VI-96, con referencia al Libro de actas de reconocimientos médicos, fechado en Barcelona, a 8-II-79, en la que se reseña que al marino de segunda, Jose Ángel , se le diagnostica Homosexual y la total exclusión del SM, conforme con la Grupo 1º, letra A, número 1. También al folio 45 del referido expediente consta igual referencia de diagnóstico y exclusión, mediante fotocopia al parecer de la cartilla militar y fechada en Cartagena, 13-II-79.

El Artículo 14 de la CE del 78 establece la igualdad de los españoles y la prohibición de discriminación por razón de su condición sexual e igualmente lo realizan el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4-XI-50 , ratificado por España el 26-IX-79 y en vigor desde el 4 de octubre siguiente y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7-XII-00, en su Capítulo III , sobre Igualdad y artículo 21 , sobre no discriminación por razón de orientación sexual.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus sentencias de 22-X-02 , analiza los recursos de varios miembros de la RAF y de la Marina del Reino Unido e indica que las investigaciones realizadas por la Policía interna del Ministerio de Defensa, en la forma en la que se practicaron, eran inadmisibles y, si bien no constituían tratos inhumanos y degradantes, artículo 3 , ni discriminaciones artículo 14 , eran constitutivas de intrusiones indebidas en la vida privada, por lo que determina indemnización.

Más recientemente, el referido Tribunal en su sentencia de 9-I-03 , sobre la discriminación por razón de la orientación sexual, indica que es un criterio de distinción cubierto por la prohibición del artículo 14 y que las discriminaciones normativas basadas en este criterio reclaman una justificación reforzada, ya que el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de nuestros días.

Es en este sentido en el que la Secretaria del Gabinete de la Presidencia del Gobierno, el 21-I-98, indica que el Presidente de la Junta de Clasificación y Revisión del Centro Provincial de Reclutamiento de Barcelona, el 9-VIII-91, le expidió documento justificativo de su situación militar sin referencia a orientación sexual y que el 28-VI-95 se le entregó certificado de exclusión total de servicio militar en los términos comunicados al Defensor del Pueblo.

La referida exclusión del SM se realizó en el año 1979 y posteriormente fue rectificada como queda indicado en los años 1991 y 1995, siendo destacable que la reclamación por responsabilidad patrimonial se formula el 21-IV-99, por lo que, si conforme al artículo 142.5 de la Ley 30/92, de 26-XI , se formuló fuera del plazo en este precepto previsto, pero también se ha de tener presente que constituye una nulidad plena conforme al artículo

62.1.a) de la Ley 30/92

."

En razón de todo ello la Sala termina reconociendo al recurrente una indemnización de seis mil euros por la causa reseñada en los documentos de exclusión del Servicio Militar.

SEGUNDO.- No conforme con ello, el interesado interpone este recurso de casación en el que se invocan los siguientes motivos:

Primero, infracción del art. 139 de la Ley 30/92, al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, alegando que debió apreciarse la existencia de un nexo causal entre la traumática experiencia en el servicio militar y exclusión discriminatoria del mismo con las secuelas psicológicas que sufre en la actualidad, que entiende perfectamente acreditada en la prueba documental y testifical existente y practicada en la causa, y determinante de un daño cierto, efectivo, real, evaluable económicamente e individualizado en la enfermedad consistente en "delirio querulante contra el ejército español", examinando dicha prueba, señalando que no padecería un delirio querulante si no hubiera sido discriminado, ultrajado y humillado durante el tiempo que estuvo en el servicio militar por razón de su condición sexual y posteriormente se le ha negado reconocer la nulidad de pleno derecho de su exclusión. Entiende que el Tribunal de instancia realiza una valoración absurda e irracional, carente de toda lógica, de las pruebas documentales y testificales obrantes en la causa, debiéndose pues, como contempla el art. 83.3 LJCA, añadirse los hechos que el Tribunal ha omitido, apreciándose de este modo la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y cuando menos, una de las enfermedades que padece, concretamente el delirio querulante contra el ejército español, enfermedad tenida en cuenta en la valoración que hace la Dra. Penélope, que reconoce una incapacidad del 70% al recurrente.

Segundo, al amparo del art. 88.1.c) de la LJCA, alega indefensión, conculcando el art. 24 de la Constitución, al haberse denegado la práctica de una serie de pruebas propuestas correctamente, solicitándose la subsanación en recurso de reposición de 26 de noviembre de 2002 contra providencia de 19 de noviembre de 2002, señalando que si bien pueden ser inútiles e impertinentes las recogidas en el epígrafe 4 a partir de su apartado quinto de la testifical propuesta en el escrito de 31 de octubre de 2002, el resto de testificales propuestas eran pertinentes, necesarias y útiles para determinar el fondo del asunto, en concreto para acreditar la existencia de malos tratos durante el servicio militar. Se refiere en el mismo sentido a la declaración de impertinencia de la pregunta nº 15 formulada al Dr. Pedro Jesús y entiende que si se hubieran practicado tales medios de prueba se hubieran obtenido resultados diferentes, siendo pruebas necesarias al referirse a aspectos esenciales y controvertidos y que existe una clara relación entre la ausencia de los medios de prueba propuestos, la denegación de los mismos y las consecuencias jurídicas de dicha denegación, siendo fundamento de la sentencia de instancia la ausencia de prueba respecto de los extremos que la parte recurrente intentaba acreditar ante la Sala.

Tercero, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, por infracción de la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial, que habla de aplicación del principio de reparación integral del daño, y en este caso la cantidad propuesta de seis mil euros ni por asomo llega a reparar la mínima parte del pretium doloris y de las secuelas físicas y psicológicas causadas, ni tan solo los gastos

a que ha tenido que hacer frente en abogados y procurador para que se reconociera la discriminación sufrida.

Cuarto, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, por infracción de la jurisprudencia que considera que no es imprescindible la existencia de nexo causal directo, inmediato y exclusivo, aceptando la aparición del mismo bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, como es el caso, pues como mínimo debe aceptarse que si el recurrente no hubiera hecho el servicio militar y sufrido las humillaciones y discriminaciones cometidas contra su persona, no se habría visto obligado a emprender acciones legales ni hubiera desarrollado la enfermedad que le ha sido diagnosticada y tenida en cuenta en la graduación de su incapacidad, consistente en delirio querulante contra el ejército.

Quinto, invocando el art. 88.1.c) de la LJCA, por infracción del art. 209 de la LEC, alegando que la sentencia adolece de falta de claridad y precisión en las expresiones relativas a que la exclusión del SM fue rectificada como queda indicado en los años 1991 y 1995 y que la atribución al Ejército y al SM de los daños que ha padecido y las enfermedades y sus secuelas constituyen una manifestación del interesado y es efectivamente su enfermedad.

Sexto, al amparo del art. 88.1.c) de la LJCA, por infracción de los arts. 43 de la LJCA y 359 de la LEC, alegando la falta de congruencia de la sentencia al no resolver una cuestión planteada y reiterada por la parte recurrente, referente al pronunciamiento expreso acerca de la declaración de nulidad de pleno derecho de la exclusión del servicio militar fechada el 8 de febrero de 1979, conculcando lo establecido en el art. 208 de la LEC.

Séptimo, invocando también el art. 88.1.c) de la LJCA, por infracción de los arts. 43 de la LJCA y 359 LEC, incongruencia de la sentencia, por la falta de resolución de las alegaciones del apartado 8 de la documental del escrito de proposición de prueba denunciando la desaparición de importante documentación.

Octavo, al amparo del art. 88.1.c) de la LJCA, denunciando falta de plenitud de la sentencia dado que los arts. 18.2 LOPJ y 209 LEC obligan, en este caso, a fijar el importe de los intereses devengados, o al menos, las bases para su liquidación en fase de ejecución de sentencia y la actualización de la cantidad.

Noveno, aunque se identifica con el número 8, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, se alega la existencia de temeridad y mala fe en la Administración, a efectos de imposición de las costas de la instancia, en contra de las apreciaciones de la Sala de instancia.

TERCERO.- Conviene examinar en primer lugar el segundo motivo de casación, por cuanto su estimación, como infracción de carácter procesal, podría determinar por sí solo la casación de la sentencia y retroacción de actuaciones al momento oportuno para la reparación de tal infracción, haciendo improcedente y inútil el examen de los demás motivos de casación.

En este segundo motivo se viene a denunciar la infracción del derecho a la

utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa, que garantiza el artículo 24 de la Constitución, derecho cuyas características ha establecido el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, estando entre las más recientes la 247/2004 de 20 de diciembre y 4/2005, de 17 de enero, en las que se señala:

- Que se trata de un derecho de configuración legal, de tal modo que, para entenderlo lesionado, será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de las normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda.

- Que este derecho no tiene, en todo caso, carácter absoluto o, expresado en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquéllas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas, debiendo motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho en caso de denegación o inejecución imputables al órgano judicial cuando se inadmiten o inejecutan pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

- Que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante. Siendo el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado, que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa, puesto que, de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta en el sentido de ser favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental.

- Que corresponde al recurrente justificar la indefensión sufrida, en un doble aspecto: por un lado, ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones.

A ello debe añadirse, que, como señala la sentencia de 28 de junio de 2004, el motivo que habilita la casación por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales está condicionado por una doble exigencia: petición de subsanación en la misma instancia, de existir momento procesal oportuno para ello y producción de indefensión a la parte, como establece el artículo 88.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

En este caso, el recurrente en su escrito de proposición de prueba y además de documental y pericial, pretendía la realización de una amplia testifical, incluida su

propia declaración, de la que se admitió la correspondiente a los médicos que habían emitido informes sobre los padecimientos del recurrente, inadmitiéndose el resto por estar mal propuestas y ser inútiles según providencia de 19 de noviembre de 2002. Interpuesto recurso de reposición (debió de ser de súplica) contra dicha providencia, se alega la pertinencia de la propia declaración como conocedor de los hechos y, respecto de los demás testigos propuestos, ya que se cita a personas que han intervenido directa o indirectamente en la creación de los graves perjuicios al interesado de las dos formas siguientes: un primer grupo que incluyen los militares que tuvieron una intervención directa como responsables de la exclusión del servicio militar totalmente discriminatoria; y un segundo grupo en el que se encuentran los funcionarios del Ministerio de Defensa que intervinieron en la tramitación del expediente y proceso administrativo y los componentes del Estado Mayor que el 12 de febrero de 1979 aprobaron la exclusión del recurrente del servicio militar, señalando que el perjuicio no se produce sólo por la exclusión discriminatoria sino por la total falta de diligencia y manifiesta incompetencia de los funcionarios intervinientes al insistir en la validez del cuadro médico de exclusiones que permite excluir del ejército a los homosexuales. Señalaba que las demás testificales del Defensor del Pueblo, Subdirectora General de la Secretaría de la Presidencia y del propio Presidente del Gobierno son pertinentes por su intervención indirecta que pone de manifiesto una gravísima y preocupante vulneración de la Constitución, que por su posición están obligados a conocer y garantizar; y en cuanto a la testifical de S.M. el Rey se solicita en aras a que se le de conocimiento de los hechos, ya que la actitud de la Administración está causando graves perjuicios a su figura.

Por auto de 30 de diciembre de 2002 se desestimó tal recurso de reposición al considerar que las testificales propuestas son impertinentes e inútiles y la declaración del demandante recurrente como testigo no está contemplada en el art. 299 de la LEC

En este recurso de casación, el propio recurrente entiende que las testificales recogidas en el epígrafe 4 a partir de apartado quinto del escrito de proposición pueden ser inútiles e impertinentes, limitándose a defender la pertinencia de las demás, epígrafes 2 a 4 del citado escrito y la declaración del perjudicado, y ello en relación con los malos tratos durante el servicio militar, genérica expresión que si se refiere a la exclusión por haberse apreciado su condición de homosexual, no se advierte la necesidad de testificación de quienes emiten una certificación del acta de reconocimientos médicos ya en el año 1996, o los que suscriben la misma y quien declara dicha exclusión el 8 de febrero de 1979, siendo que tales hechos no resultan controvertidos, constan acreditados por otras pruebas y se parte de su existencia y valoración por la Sala de instancia; y si con la citada expresión se quiere hacer referencia a otros malos tratos, lo primero que sería preciso es señalar en que consistieron, lo que no hace el recurrente, a partir de lo cual podría examinarse si existía controversia sobre los hechos y la relación con los mismos de los testigos propuestos para valorar la pertinencia de la prueba, sin lo cual la misma resulta rechazable. Por otro lado, es claro que la declaración del recurrente ha de formularse como interrogatorio de la parte, según se desprende del art. 299 de la LEC y no como testifical y, además, como tal recurrente pudo aportar los datos e información que considerara pertinente en sus escritos de alegaciones, señalando los hechos sobre los cuales han de proyectarse, en su caso, los demás elementos de prueba, de manera que es su actitud procesal la que ha delimitado los hechos, datos e información traídos al proceso. Finalmente, la pregunta decimoquinta al Dr. Pedro Jesús relativa a si el recurrente le



había explicado que las autoridades militares ocultaron una tentativa de suicidio, declarada impertinente por SS<sup>a</sup>, no se alcanza a percibir su relevancia, cuando se refiere a una manifestación del propio recurrente que este ha realizado desde su reclamación inicial, reiterándola en la demanda, siendo objeto de la documental 10 del propio escrito de proposición de prueba, y como tal se ha valorado por la Sala de instancia.

Todo ello pone de manifiesto que la inadmisión de tales pruebas por la Sala de instancia resulta justificada y conforme con el ordenamiento jurídico, que tales pruebas en relación con los hechos invocados, exclusión del servicio militar y su causa, resultaban inútiles; que en relación con otros hechos no precisados su formulación resulta incorrecta al no constar de forma adecuada el objeto de la misma que permite valorar su pertinencia; que en todo caso no se justifica que su práctica pudiera llevar a la acreditación de otros concretos hechos (que en ningún momento se especifican por la parte) determinantes para la resolución del pleito y que pudieran llevar a otro resultado distinto del proceso ni, en consecuencia, se haya producido indefensión al interesado.

No se dan, por lo tanto, las circunstancias exigidas por la expresada doctrina del Tribunal Constitucional, para apreciar la infracción del derecho a la utilización de los medios de prueba, con referencia al art. 24 de la Constitución, que se denuncia en este motivo de casación, que consiguientemente debe ser desestimado.

CUARTO.- Continuando con el examen de los motivos formulados al amparo del art. 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción , en lo que se refiere a la falta de claridad y precisión y conculcación del art. 209 de la LEC, que se denuncia en el quinto, lo primero que se advierte es que la cita de dicho precepto no se corresponde con el vicio denunciado, ya que se refiere a la consignación en los antecedentes de hecho, "con la claridad y la concisión posibles y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes o interesados, los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso", siendo que la parte cuestiona las valoraciones de la Sala de instancia recogidas en los fundamentos de derecho. En todo caso, tales alegaciones constituyen una apreciación de parte sobre el sentido de la sentencia de instancia, que no puede compartirse, pues basta la lectura de la misma para apreciar que cuando la Sala se refiere a la rectificación en 1991 y 1995 de "la referida exclusión del SM", no está haciendo otra cosa que señalar lo ya indicado en el párrafo anterior sobre la expedición el 9 de agosto de 1991 y el 21 de junio de 1995 de sendos certificados de su situación militar de excluído, en los que no se hace referencia a su orientación sexual, siendo esta la rectificación a la que se refiere la Sala, sin que el objeto del proceso sea examinar la legalidad de la situación de exclusión a que se refieren tales certificaciones sino únicamente la constancia de la causa a la que el recurrente atribuye la lesión en sus derechos fundamentales. Por otra parte, cuando la Sala señala que la atribución al Ejército y al SM de los daños que ha padecido y las enfermedades y sus secuelas constituyen una manifestación del interesado y es efectivamente su enfermedad, no hace otra cosa que valorar la prueba y concretamente la ratificación del médico Sr. Martínez en la repregunta cuarta formulada por el Abogado del Estado, en el sentido de que tal atribución de perjuicios no responde a la apreciación del testigo sino a la percepción del recurrente, contestando "que efectivamente es su delirio, su enfermedad", por lo que al margen de

la valoración que de tales apreciaciones mantenga el recurrente, no se advierte la falta de claridad y precisión que se alega ni la infracción que se denuncia en este motivo de casación, que en todo caso no se corresponde con el citado art. 209 de la LEC. Por lo que el motivo quinto debe ser desestimado.

QUINTO.- A la misma conclusión se llega en el examen de los motivos sexto y séptimo, en los que se viene a denunciar incongruencia de la sentencia al no pronunciarse sobre la nulidad de pleno derecho de la exclusión del servicio militar del recurrente fechada el 8 de febrero de 1979 y sobre las alegaciones formuladas en el apartado 8 de la documental solicitada en el escrito de proposición de prueba.

La incongruencia omisiva o por defecto que se invoca, se produce cuando la sentencia no se pronuncia o no resuelve sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en el proceso.

Esta Sala ha señalado al efecto en sentencia de 19 de julio de 2002, "que la incongruencia omisiva o ex silentio se producirá cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas, directa o indirectamente, a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales."

En el mismo sentido, la jurisprudencia viene indicando que la congruencia no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia. Basta con que ésta se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1991, 3 de julio de 1991, 27 de septiembre de 1991, 25 de junio de 1996 y 13 de octubre de 2000, entre otras muchas).

A tal efecto es significativa la sentencia del Tribunal Constitucional 146/2004, de 13 de septiembre, según la cual: "en la reciente STC 83/2004, de 10 de mayo, recordábamos que una consolidada jurisprudencia, que arranca al menos de la STC 20/1982, de 5 de mayo, ha definido el vicio de incongruencia omisiva o ex silentio como un "desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido" (SSTC 136/1998, de 29 de junio, y 29/1999, de 8 de marzo), que entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando esa desviación "sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurra la controversia procesal" (SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, y 5/2001, de 15 de enero). La incongruencia omisiva o ex silentio, que aquí particularmente importa, se produce cuando "el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los

razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales" (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, 186/2002, de 14 de octubre, y 6/2003, de 20 de enero).

Pues bien, de acuerdo con dicha doctrina difícilmente puede apreciarse la incongruencia que se denuncia en estos motivos de casación, cuando basta ver la reclamación inicial formulada a la Administración y la demanda, para apreciar que el objeto del proceso es la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración y no la declaración de exclusión del servicio militar de 8 de febrero de 1979, de manera que en la demanda lo que solicita es la declaración de nulidad de la resolución impugnada y que se acuerde la indemnización solicitada, es decir, la resolución del Ministerio de Defensa de 6 de junio de 2001 que confirma en reposición la de 1 de marzo del mismo año, que le deniega la indemnización de daños y perjuicios en concepto de responsabilidad patrimonial reclamada, bien que la parte impropriamente atribuya a dicha resolución los vicios e infracciones que serían propios de la resolución por la que se le excluyó del servicio militar y que habrían de hacerse valer, en su caso, en un proceso en el que se impugnara la misma, que no es el caso. Por lo tanto, no es solo que falte la formulación de una pretensión de declaración de nulidad de la resolución por la que se acordó su exclusión del servicio militar sino que, además, dicha pretensión resultaría improcedente en un proceso en el que tal resolución no constituye el objeto de la impugnación y por lo tanto no puede ser objeto de pronunciamiento sobre su legalidad.

Por lo demás ha de señalarse que las alegaciones formuladas en el escrito de proposición de prueba, que han de referirse a tal propósito, no es un trámite hábil para modificar o alterar los términos del debate procesal ni, por lo tanto, para introducir pretensiones distintas de las que constan en el escrito de demanda a las que haya de responder la Sala en la sentencia, pero es que, además, basta examinar los puntos 6 y 8 del escrito de proposición de prueba a los que se refiere la parte en estos motivos sexto y séptimo, para apreciar que si bien se valora como inconstitucional el decreto de 12 de febrero de 1979 por el que se aprobó su exclusión del servicio militar y se cuestiona la actitud del Ministerio de Defensa contraria al esclarecimiento de los hechos, en relación con la contestación en vía administrativa relativa a la inexistencia del historial médico del recurrente, en ninguno de tales apartados se contiene la formulación de pretensiones al respecto.

Por todo ello, también estos dos motivos de casación deben ser desestimados.

La misma respuesta merece el motivo octavo, en el que se alega la falta de plenitud de la sentencia, con vulneración de los arts. 18.2 y 209 LEC, por no fijar el importe de los intereses y la actualización monetaria, superando los negativos efectos de las dilaciones indebidas, pues el art. 18.2 de la LOPJ se refiere a la ejecución de las sentencias y el art. 209 de la LEC a la forma y contenido de las mismas, de manera que ninguno de ellos contempla la previsión legal de que el cálculo de la cuantía de la indemnización se fije con relación al día en que la

lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al expediente de responsabilidad y de los intereses que procedan por demora, que se establece en el art. 141.3 de la Ley 30/92, precepto cuya infracción no se invoca en este motivo, produciéndose una clara falta de correspondencia entre los preceptos cuya infracción se invoca y la fundamentación del motivo, lo que determina su desestimación, pues, como se desprende del art. 92.1 de la Ley de la Jurisdicción, resulta exigible la expresión razonada del motivo en que se ampare el recurso, que no se da cuando se citan determinados preceptos infringidos y se argumenta sobre otras cuestiones distintas a su contenido, produciéndose una discordancia entre la argumentación y la infracción denunciada que priva de fundamento al motivo y, por lo tanto, de justificación a la infracción denunciada.

SEXTO.- Entrando a examinar los motivos formulados al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se cuestiona en el primero la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia sobre la existencia del nexo causal, entendiéndose que resulta absurda, irracional y carente de toda lógica y que, como señala el art. 88.3 de la LJCA han de añadirse los hechos que el Tribunal ha omitido.

Constituye criterio consolidado, sentencias de 8 de octubre de 2001, 12 de marzo de 2003 y 18 de octubre de 2003, entre otras, que la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con inmediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casación, puesto que la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley y que la valoración de la prueba sólo es susceptible de revisión en casación en los concretos supuestos que la jurisprudencia señala, caso de que se alegue el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba, la incongruencia o falta de motivación de la sentencia; se invoque oportunamente como infringida una norma que deba ser observada en la valoración de la prueba ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o de las reglas que disciplinan la carga de la prueba o la formulación de presunciones; o, finalmente, se alegue que el resultado de ésta es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad, pues en este caso debería estimarse infringido el principio del ordenamiento que obliga al juzgador a apreciar la prueba sujetándose a las reglas de la sana crítica (vgr., sentencia de 21 de diciembre de 1999).

Se alega en este caso resultado absurdo, irrazonabilidad y falta de lógica, y el fundamento de tal planteamiento se centra en la afirmación de que el delirio querulante contra el ejército español es una de las enfermedades diagnosticadas por los expertos al recurrente, que fue tenida en cuenta a la hora de determinar el grado de invalidez, que "efectivamente es su delirio, su enfermedad", en palabras del Dr. Pedro Jesús, y que no padecería tal delirio si no hubiera sido discriminado, ultrajado y humillado durante el tiempo que estuvo en el SM por razón de su condición sexual.

Sin embargo, con tal planteamiento viene a confundir dos aspectos, el hecho de que padezca tal delirio querulante como padecimiento psíquico que se ha tenido en cuenta

en la determinación del grado de invalidez y la imputación del mismo a la actuación de la Administración en relación de causa a efecto.

En el primer aspecto que se corresponde con la fijación de los hechos, concretamente los padecimientos del recurrente, singularmente su delirio querulante, y la exclusión del servicio militar por su condición sexual, no puede apreciarse la valoración absurda o irracional por parte de la Sala de instancia que se denuncia por el recurrente, pues tales circunstancias fácticas se reconocen en la sentencia que parte de su existencia y realidad.

Distinta es la apreciación de la relación de causalidad, pues según se refleja en sentencia de 7 de febrero de 2006, "es doctrina legal, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de 11 de julio de 1.995, 7 de octubre de 1.995, 10 de enero de 1996, 22 de noviembre de 1.997, 14 de marzo de 1998, 13 de febrero, 13 de marzo, 29 de marzo, 6 de abril y 24 de mayo de 1999, que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o por haberse procedido, al hacer la indicada valoración, de manera ilógica, irracional o arbitraria (Sentencias de 10 de octubre y 7 de noviembre de 1.995, 27 de julio, 24 de septiembre y 30 de diciembre de 1.996, 20 de enero, 23 de junio y 16 de diciembre de 1.998, 23 y 30 de enero, 27 de febrero, 13 de marzo, 6 de abril y 24 de mayo de 1999)".

Y es lo cierto que desde los citados hechos fijados por la Sala de instancia, no puede llegarse sin más a la conclusión del recurrente en el sentido de que sus padecimientos son una consecuencia del trato de que fue objeto durante la prestación del servicio militar y la causa por la que se le excluyó del mismo, pues ninguno de los informantes en el expediente administrativo, que luego se ratificaron en periodo probatorio, confirman el planteamiento del recurrente, limitándose a exponer sus padecimientos, pero sin imputarlos como causa a la actuación de la Administración, por el contrario y como señala la Sala de instancia, no descartan otras causas, incluso el Dr. Martínez llega a decir que no sabe cuales son las causas del delirio, y se refiere a la adicción a la heroína del recurrente, sin que se pueda precisar si se produjo con ocasión del servicio militar o de la estancia en la cárcel. Se señala en la instancia trastorno esquizoafectivo, recibiendo tratamiento psiquiátrico desde 1989 a 1991, padeciendo hepatitis C desde 1997, personalidad límite, dificultades en la estabilidad laboral, descompensaciones puntuales de carácter psicótico, desorganizado, depresivo, entre otros aspectos que se reflejan en los informes médicos.

En estas circunstancias ha de entenderse justificada la apreciación por la Sala de instancia de falta de nexo causal entre la actuación administrativa y los padecimientos invocados por el recurrente, sin que la valoración de los elementos de prueba para la fijación de los hechos resulte absurda o ilógica, por lo que no puede sustituirse por las apreciaciones del recurrente.

Ha de añadirse, en lo que se refiere a la invocación del art. 88.3 de la LJCA, para incorporar hechos omitidos por el Tribunal, que además de que no se precisa qué hechos han de incorporarse, dicho precepto posibilita la integración por la Sala de los hechos admitidos como

probados por el Tribunal de instancia que, habiendo sido omitidos por este, estén suficientemente justificados en las actuaciones, pero no puede utilizarse a los efectos pretendidos por la parte de sustituir la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia.

Por todo ello ha de concluirse que no se aprecian en la sentencia recurrida las infracciones que se denuncian en este primer motivo de casación, que por lo tanto debe ser desestimado.

Las razones expuestas anteriormente llevan a la desestimación del cuarto motivo de casación, en el que se alega la infracción de la jurisprudencia sobre la aparición del nexo causal bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, estimando el concurrente que como mínimo debe aceptarse que si no hubiera hecho el servicio militar y sufrido las humillaciones y discriminaciones cometidas contra su persona, no se habría visto obligado a emprender acciones legales contra el Ministerio de Defensa ni hubiera desarrollado la enfermedad diagnosticada y tenida en cuenta para la graduación de su incapacidad, pues también en este caso subsiste la necesidad de acreditar el referido nexo causal, que no deriva de la mera titularidad del servicio, siendo preciso para ello que la lesión pueda imputarse al funcionamiento del servicio, lo que como se ha indicado antes no aparece justificado en este proceso.

SEPTIMO.- Tampoco puede prosperar el tercer motivo en el que se invoca la infracción de la jurisprudencia sobre la aplicación del principio de reparación integral, pues siendo cierto que, como señala la sentencia de 6 de noviembre de 1998, "la aplicación del principio de la reparación integral implica que la misma comprende, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los daños alegados y probados por el perjudicado, lo que supone la inclusión de los intereses económicos valiables, partiendo de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, las sentencias de 7 de octubre y 4 de diciembre de 1980, 14 de abril y 13 de octubre de 1981, 12 de mayo y 16 de julio de 1982, 16 de septiembre de 1983, 10 de junio, 12 y 22 de noviembre de 1985), no tiene en cuenta el recurrente en este caso, que la cantidad señalada en la instancia no tiene por objeto reparar la totalidad de los perjuicios invocados por el mismo, que incluye las secuelas físicas y psicológicas que entiende causadas por el Ministerio de Defensa y que se han excluido por la Sala de instancia de manera justificada, como se ha señalado antes, por lo que la cuestión se limita a la reparación del daño moral, pretium doloris según expresión de la sentencia de instancia, derivado de la causa de exclusión del servicio militar aplicada al mismo, que no comprende los demás perjuicios a los que se refiere el recurrente en este motivo, cuya cuantificación corresponde fijar al Tribunal de instancia y por lo tanto, como señala la sentencia de 10 de junio de 2002, citada por la de 18 de enero de 2005, "sólo podría tener acceso a la casación esta controversia en la forma en que los hechos declarados probados por la sentencia impugnada puedan ser combatidos en la misma a través de la invocación de infracción de normas o jurisprudencia en la apreciación de las pruebas -sentencias de esta Sala y Sección de 20 y 24 de enero, 14 y 23 de marzo, 14 y 25 de abril, 6 de junio, 19 de septiembre, 31 de octubre, 10 y 21 de noviembre y 28 de diciembre de 1998; 23 y 30 de enero, 27 de febrero, 3 de julio y 25 de septiembre de 1999; 18 de octubre de 2000, y 23 y 30 de julio de 2001", añadiendo la sentencia de 2 de marzo de 2005 que "como valoración de hecho está excluida de control en vía casacional al no existir en el recurso de casación contencioso administrativo la posibilidad de cuestionar los hechos y su valoración realizada por la Sala de instancia si no es con invocación de

infracción de preceptos sobre prueba tasada o cuando el resultado de la valoración de la Sala resulte contrario a la lógica o irracional", o como señalan las sentencias de 2 de octubre de 2003 y 27 de mayo de 2004, cuando se trate de una valoración absurda o arbitraria o se haya omitido algún concepto indemnizatorio, circunstancias que no concurren en este caso.

En consecuencia también este tercer motivo debe ser desestimado.

Finalmente, en lo que se refiere al noveno motivo, además de no indicarse el precepto que se entiende infringido, incumpliendo así la exigencia del art. 92.1 de la Ley de la Jurisdicción de citar las normas que se consideren infringidas, como señala la sentencia de 19 de julio de 2001, no puede ser acogido por la Sala, pues, como tiene declarada abundante Jurisprudencia, la condena en costas constituye una apreciación del Tribunal de instancia que no puede ser revisada en casación, como resultaba del art. 131 de la Ley de Jurisdicción y se establece en el art. 139 de la actual Ley 29/1998, en cuanto sujetan la imposición de las costas a la apreciación que el Tribunal de instancia hace de la actitud procesal de las partes, valoración que no puede ser sustituida en casación por la sola discrepancia de la parte.

Por lo que el motivo también debe ser desestimado.

OCTAVO.- La desestimación de los motivos invocados lleva a declarar no haber lugar al recurso de casación y determina la imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el art. 139.3 de la LRJCA y teniendo en cuenta la entidad del recurso y la dificultad del mismo, señala en 1.000 euros la cifra máxima como honorarios de letrado de la parte recurrida.

## **FALLAMOS**

Que desestimando los motivos invocados declaramos no haber lugar al presente recurso de casación nº 10227/2003, interpuesto por la representación procesal de D. Jose Ángel contra la sentencia de 2 de octubre de 2003, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 778/2001, que queda firme; con imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el artículo 139.3 LRJCA y teniendo en cuenta la entidad del proceso y la dificultad del mismo, señala en 1.000 euros la cifra máxima como honorarios de letrado de la parte recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, Don Octavio Juan Herrero Pina, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que como Secretario, certifico.