

segundo, del Código Civil es preciso que se haya apreciado la existencia del dolo como causa de incumplimiento, lo que obviamente no se ha hecho por la sentencia recurrida. 3) Y en tercer lugar, el motivo se extiende sobre la jurisprudencia que contiene definiciones del dolo, pero omite que para su estimación hay que probarlo, y que la carga de la prueba incumbe a quien pretende se aplique en su beneficio. En este punto coincide el dolo como causa de incumplimiento con el dolo vicio de la voluntad del artículo 1.269 del Código Civil, por lo que le es aplicable la misma conclusión de atribuir el *onus probandi* a quien lo alega.

COMENTARIO

La doctrina expuesta se recoge y desarrolla en la moderna jurisprudencia que resalta la apreciación restrictiva o ponderada y la necesidad de probar con rigor la realidad o existencia, pues el lucro no puede ser dudoso o incierto, de ahí que se deban rechazar las ganancias contingentes o fundadas en meras esperanzas, o expectativas sin sustento real y que no se pueda fijar subjetivamente por el juzgador con fundamento en la equidad. También se pone de relieve la necesidad de existencia de un nexo causal que en realidad no es otra cosa que la posibilidad de haber podido obtener las ganancias en caso de no haberse producido el evento. Esta doctrina no ha sido desconocida en nuestra litis cuya ponderación de las circunstancias es incuestionable tanto más que condena por una suma determinada de dinero cuando la cantidad postulada era de otra suma, y por otra parte no cabe cuestionar en el recurso la base fáctica tomada en cuenta por la sentencia de instancia, cuya fijación es función soberana de la misma, que por ello debe permanecer intangible en casación, sin asomo de verificación al no ser impugnada como motivo idóneo al efecto. La jurisprudencia de la Sala ha venido reiterando el carácter de cuestión de hecho de la determinación de la existencia y cuantificación económica del lucro cesante, por lo que solo excepcionalmente cabe plantear el tema en casación, sin que concurra esta posibilidad en el planteamiento de autos, tanto más que, por un lado, es de señalar que la argumentación de la Sala de instancia aparece como totalmente razonable, sin el menor atisbo de error patente, arbitrariedad o irrazonabilidad; y, por otra, es de observar que no resulta apropiado en la perspectiva casacional plantear la infracción de la jurisprudencia con una mera cita de doctrina genérica, por cuanto es preciso que la doctrina conculcada, que se recoge en varias sentencias, haya constituido la *ratio decidendi* para los casos que se resuelven y que se dé una coincidencia sustancial entre los casos resueltos por dichas resoluciones y el que es objeto de nuestro litigio.

INCUMPLIMIENTO EN LA VENTA DE INMUEBLES.—EN LA VENTA DE INMUEBLES EL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DEL PRECIO EN PARTE IMPORTANTE POR LOS COMPRADORES Y EL REQUERIMIENTO A ÉSTOS DE RESOLUCIÓN EN VÍA NOTARIAL POR AQUELLA CAUSA, IMPIDE LA CONCESIÓN A LOS MISMOS DE LA POSIBILIDAD POSTERIOR DE PAGAR. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE DICIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Ramón Vázquez Sandes.

Antecedentes.—Por vía de demanda se ejercita acción resolutoria de contrato privado por el que la entidad «Promotora y Constructora de Viviendas Palomitas II, S. L.», vende, el 14 de junio de 1989, a los demandados don Cándido Guerra Lorenzo y doña Margarita Cuesta Hidalgo, la vivienda sita en Aranjuez, en bloque con entrada por la calle Moreras, portal f, puerta B, por un precio, aparte de otras cantidades correspondientes a diferentes conceptos, que se componía de una cantidad líquida a pagar en plazos y del importe de un préstamo hipotecario contraído por aquella vendedora y en el que se habían de subrogar los compradores —lo hicieron en documento privado que el 10 de mayo de 1991 suscribieron compradores y vendedora más el representante de Caja Madrid, concedente del préstamo, responsabilizándose los primeros a pagar los recibos que se produjeran en su amortización, sin perjuicio de la necesaria formalización e inscripción registral— habiendo los mismos dejado de acudir a la notaría cuando a ella fueron convocados por la vendedora para elevar a escritura pública el contrato privado de venta y llevar a efecto, en forma, la subrogación en el préstamo hipotecario. Estas incidencias llevaron al ejercicio de la acción resolutoria por incumplimiento de la obligación contractual por parte de los compradores, quienes se opusieron a ella, además de por el fondo del debate, alegando una excepción de litispendencia al haber promovido ellos, con posterioridad a la providencia que dio trámite a la demanda rectora de este procedimiento, otro procedimiento civil instando la elevación a escritura pública de aquel contrato de compraventa.

Doctrina.—Se establece en el escrito de recurso, como barrera infranqueable, surgida del requerimiento notarial resolutivo que la entidad recurrente hizo a los compradores según previene el artículo 1.504 del Código Civil ante lo que estimó incumplimiento de éstos, la prohibición de conceder a los aquí demandados un nuevo plazo para poder cumplir, que es lo que viene a posibilitarse según lo decidido en la instancia. Ese requisito intimatorio y obstativo al pago posterior del precio es de imprescindible observancia para producir los efectos resolutorios buscados, pero no constituye, él sólo, el núcleo de la cuestión porque éste ha de arropar la desatención clara ya producida a la obligación de pagar el precio convenido en el plazo para ello fijado, haciéndonos necesario la clara determinación de lo que constituye ese precio y la postura que, de la misma forma, suponga ese atribuido impago o desatención de las obligaciones contraídas.

Con independencia de unas obras de mejora a que simplemente alude la sentencia recurrida como posible causa de no entendimiento entre vendedora y compradores, el contrato contempla un precio fraccionado en dos partidas de las cuales la primera era en efectivo y la segunda integrada por un préstamo garantizado con hipoteca para ser asumida al momento de otorgar definitivamente la escritura pública de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario según exige, para su eficacia, el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, constituyendo una y otra de aquellas partidas precio y no cantidades ajenas a éste.

COMENTARIO

No afrontan los compradores el cumplimiento que corresponde a la segunda partida del precio al haber dejado de acudir, en el tiempo y al lugar que

correspondía para asumirla, liberando así de esa obligación que en tal momento dejaría de incumbirle a la entidad vendedora que, a causa de esa desatención, debió de seguir asumiéndola haciéndole frente en los plazos establecidos, y aquella ausencia, reveladora de una voluntad de no cumplir se subraya después, como contumaz, al acudir a vías de procedimiento para instar lo que habría de impedirle realizar la inequívoca y ya comunicada decisión de la vendedora de resolver el contrato y en cuya situación, voluntariamente provocada y mantenida, permanece. Y es que parece claro que ante el incumplimiento, de lo que es el contrato, por parte de la vendedora, los compradores han rehusado atender su obligación en el tiempo en que podían y debían, aportando con su actitud los presupuestos de la pretensión actora que ésta invoca al amparo de lo prevenido en los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, al haber de tal modo quedado frustrado el fin económico normal del contrato, que anormalmente tiene que seguir asumiendo la vendedora. La resolución consecuente a ese incumplimiento produce reponer los efectos del contrato al momento de su celebración con devolución de lo respectivamente recibido más la reparación de los perjuicios que de ello se hayan derivado, según previene el artículo 1.124 del Código Civil, y no ha de confundirse aquella primera consecuencia, automática desde la misma frustración del contrato, con la segunda, ya que ésta ha de ser plenamente demostrada en su entidad.

ISABEL MORATILLA GALÁN

1.5. Responsabilidad civil

POR LOURDES TEJEDOR MUÑOZ, JUANA RUIZ JIMÉNEZ
y TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO.—APLICACIÓN DE LA LEY DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. VOTO PARTICULAR. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE ENERO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Antecedentes.—El supuesto de hecho arranca de una intervención quirúrgica de hemorroides sangrantes sufrida por un paciente, que tiene como secuela una incontinencia anal parcial. Motivo por el cual ejercita acción de reclamación (de cincuenta y cinco millones de pesetas) en concepto de daños y perjuicios, contra el médico que había realizado la intervención.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao, dictó sentencia con fecha 12 de junio de 1995, desestimando la demanda interpuesta por el demandante, absolviendo al médico demandado.

Apelada por el demandante la anterior resolución, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Vizcaya dictó sentencia con fecha 17 de marzo de 1997, desestimando el recurso de apelación y confirmando la sentencia dictada en primera instancia, todo ello con expresa imposición al apelante de las costas devengadas en esta segunda instancia.