



Roj: **STS 1346/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1346**

Id Cendoj: **28079110012021100188**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/04/2021**

Nº de Recurso: **1927/2018**

Nº de Resolución: **203/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 203/2021

Fecha de sentencia: 14/04/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1927/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/04/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL BALEARES SECCION N. 4

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1927/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 203/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 14 de abril de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Jesús Luis , representado por el procurador D. Jacobo García García, bajo la dirección letrada de D. Carlos Vázquez Saraza, contra la sentencia núm. 1/2018, dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de



Baleares, en el recurso de apelación núm. 407/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 424/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Palma de Mallorca. Ha sido parte recurrida Tu Energy Shop S.L., representada por el procurador D. Alejandro Silvestre Benedicto y bajo la dirección letrada de D.ª María Belén Benito Cebrián.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Magdalena Cuart Janer, en nombre y representación de D. Jesús Luis , interpuso demanda de juicio ordinario contra Tu Energy Shop S.L., en la que solicitaba se dictara sentencia en la que:

"1. Declare el incumplimiento de TU ENERGY SHOP S.L. respecto a las obligaciones previstas en el Código civil y la normativa de consumidores y usuarios.

"2. Declare que el actor ejerció, en tiempo forma, su derecho a desistimiento.

"3.- Condene a la demandada a abonar a mi representado la cantidad de cuarenta mil euros (40.000€), más los intereses de demora correspondientes, desde la fecha de su reclamación extrajudicial.

"4. Condene en costas a la demandada por su evidente temeridad y mala fe.

"Subsidiariamente a lo anterior, dicte sentencia en la que:

"1. Declare la nulidad del contrato suscrito entre las partes.

"2. Condene a la demandada a abona a mi poderdante la cantidad de veinte mil euros (20.000 €), más los intereses de demora, desde la fecha de su reclamación extrajudicial.

"3. Condene a la entidad demandada a reponer la situación anterior, efectuándolo a su costa o indemnización a mi representada con la suma de 2.032,80 euros.

"4. Condene en costas a la demandada por su evidente temeridad y mala fe"

2.- Presentada la demanda y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Palma de Mallorca, se registró con el núm. 424/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Alejandro Silvestre Benedicto, en representación de Tu Energy Shop S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"[...] dicte sentencia por la que:

"1.- Desestime totalmente la demanda, por improcedencia de las acciones ejercitadas.

"2.- Subsidiariamente y con estimación parcial se condene a la demandada a la entrega a la entrega a la demandada (sic) de la cantidad entregada a cuenta, es decir 20.000 euros bien en especie mediante las máquinas adquiridas, bien en dinero, según se puedan o no devolver al proveedor y deducida la mano de obra del trabajo en la oficina del demandante".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Palma de Mallorca dictó sentencia n.º 123/2017, de 13 de junio, con la siguiente parte dispositiva:

"Que he destimar parcialment la demanda formulada per la Procuradora dels tribunals Sra. Magdalena Cuart Janer, en la representació del Sr. Jesús Luis contra TU ENERGY SHOP S.L. i, en conseqüència:

- He de declarar que lactor va desistir correctament del contracte darrendament dobra celebrat entre les parts el día 4 de noviembre de 2015.

- He de condemnar a la demandada a retornar al Sr. Jesús Luis una vegada descomptats les despeses i perjudicis ocasionats pel desistiment, valorats en 14.584,41 euros, un total de 5.415,59 euros dels 20.000 euros entregats per lactor com a avançament del preu del contracte. Dita quantitat haurà de ser incrementada en els interessos legals meritats des del día 16 de noviembre de 2015.

Cada part haurà de pagar les costes generadas a instancia seva i les comuns per meitats".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Jesús Luis .



2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Baleares, que lo tramitó con el número de rollo 407/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 3 de enero de 2018, cuya parte dispositiva establece:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Dña. Magdalena Cuart Janer, en nombre y representación de D. Jesús Luis , contra la Sentencia de fecha 13 de junio de 2.017, dictada por la Ilma. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de los de Palma, en el procedimiento del cual el presente rollo dimana, cuya Sentencia, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos; con expresa imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª Magdalena Cuart Janer, en representación de D. Jesús Luis , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- En amparo del motivo del artículo 469.1.4º LEC por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución y de infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

Infracción del artículo 24 de la CE por error patente, arbitrario e ilógico que se ha traducido en la resolución en una total omisión de hechos probados. Todo ello en conexión con los artículos 326, 405 y 428 de la LEC.

"Segundo.- En amparo del motivo del artículo 469.1.2º LEC de infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

Infracción del artículo 218.2 de la LEC por falta de motivación de la sentencia y haber ignorado una serie de elementos fácticos planteados en el pleito".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Único.- Infracción del artículo 76 en la modalidad introducida por la Ley 3/2014 por su indebida inaplicación a los hechos no discutidos y conformados por las partes".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 29 de julio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Jesús Luis contra la sentencia de fecha 3 de enero de 2018 por la Audiencia Provincial de Baleares, Sección Cuarta, en el recurso de apelación n.º 407/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 424/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Palma de Mallorca".

3.- Transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para que formalizara su oposición, sin haberlo hecho, quedó el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 7 de abril de 2021, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 4 de noviembre de 2015, Jesús Luis celebró un contrato con Tu Energy Shop S.L. (en adelante, Energy) para la sustitución del sistema de calefacción preexistente en su domicilio mediante la instalación de un sistema de calefacción y aire acondicionado por bomba de calor. Las comunicaciones entre las partes se realizaron por correo electrónico.

El coste de la instalación se presupuestó en 30.653,06 € y el Sr. Jesús Luis adelantó el pago de 20.000 € como provisión de fondos.

2.- En la página web de la empresa figuraban las condiciones generales de la contratación y en el formulario para contratar sus servicios aparecía la siguiente cláusula:

"e) Cláusula de revocación: En principio, en los contratos entre empresas y consumidores firmados fuera de los establecimientos comerciales, existe el derecho de revocación. Los consumidores tienen básicamente el derecho a revocar este contrato, sin dar razones, en un plazo de 14 días.

El plazo es de 14 días a partir de la fecha de contrato.

El consumidor podrá revocar el contrato por escrito (por ejemplo por carta, fax) donde claramente consta su decisión de revocación del contrato que se firmó fuera de las oficinas y deberá ser enviado a la dirección de la empresa con este texto:

Por la presente revoco/ revocamos el contrato que completamos para la compra/ instalación de

Contratado el/ recibido el

Nombre del consumidor/a

Dirección del consumidor/a

Firma del consumidor/a".

3.- El contrato comenzó a ejecutarse inmediatamente por acuerdo de ambas partes y cuando se estaba llevando a cabo la instalación, el Sr. Jesús Luis, disconforme con las tareas realizadas por la empresa, decidió desistir del contrato, lo que comunicó a la empresa mediante un correo electrónico de 13 de noviembre de 2015, en el que solicitó la devolución de la cantidad entregada a cuenta. Lo que no fue aceptado por la instaladora.

4.- El Sr. Jesús Luis formuló una demanda contra Energy en la que, conforme a los arts. 68 y 76 TRLCU, solicitaba que se le condenara al pago de 20.000 €, en concepto de adelanto abonado a cuenta del precio del contrato y otros 20.000 € por el retraso en la devolución. Subsidiariamente, solicitó la declaración de nulidad del contrato por error vicio del consentimiento y la restitución de las prestaciones.

La parte demandada se opuso a la demanda por las siguientes y abreviadas razones: (i) sin negar la existencia de la facultad de desistimiento del actor, alegó que la había ejercitado fuera del plazo de 14 días que tenía para ello, puesto que el contrato se celebró el 27 de octubre de 2015 y no el 4 de noviembre de 2015, fecha en la que se introdujo una mera modificación; y el demandante conocía ese plazo porque había sido informado de la facultad de desistimiento mediante correo electrónico; (ii) al tratarse de un contrato de arrendamiento de obra resulta de aplicación al desistimiento la normativa específica del art. 1594 CC y no el TRLCU, que es una norma subsidiaria referida a cosas fungibles; (iii) en cuanto a la acción subsidiaria, no concurrió vicio alguno del consentimiento.

5.- La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda por las siguientes razones: (i) no resulta aplicable el art. 68.3 TRLCU, porque la norma principal aplicable al caso es el art. 1594 CC, que permite el desistimiento unilateral del contrato de obra previa indemnización; (ii) el desistimiento fue válido conforme a esta última norma; (iii) resulta procedente la devolución de los 20.000 € adelantados a cuenta; (iv) a su vez, la empresa demandada debe ser resarcida por tres conceptos: los gastos realizados antes del desistimiento, el precio de los trabajos ejecutados y el beneficio dejado de percibir; tales partidas ascienden a 14.584,41 €; (v) al compensar las deudas recíprocas, resulta un saldo a favor del demandante de 5.415,59 €. Cantidad esta última en la que se concreta la condena.

6.- Recurrida la sentencia de primera instancia por el demandante, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. En lo que ahora importa, consideró que: (i) la pretensión ejercitada en la demanda se basaba en el TRLCU, pero la sentencia de primera instancia resolvió conforme a una pretensión no ejercitada, relativa al desistimiento del contrato de obra regulado en el CC; (ii) el contrato celebrado entre las partes -instalación de un sistema de calefacción- no está incluido en el ámbito objetivo del derecho de desistimiento regulado en los arts. 68 a 79 TRLCU, por lo que la pretensión principal ejercitada en la demanda resulta improcedente; (iii) la acción subsidiaria de nulidad por error vicio del consentimiento tampoco puede prosperar, porque el actor no ha probado la existencia del error; (iv) pese a la improcedencia de las acciones ejercitadas en la demanda, como la parte demandada no ha recurrido la sentencia de primera instancia, no puede empeorarse la situación procesal del demandante/recurrente (*reformatio in peius*), por lo que debe confirmarse la sentencia recurrida.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Primer motivo de infracción procesal. Error patente en la valoración de la prueba*

Planteamiento:

1.- El primer motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1. 4º LEC, denuncia la infracción del art. 24 CE, por error patente y arbitrariedad en la valoración de la prueba.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la valoración de la prueba resulta errónea y arbitraria, al no calificar el contrato como celebrado a distancia o fuera del establecimiento, cuando su negociación se hizo por medio de correo electrónico y la facultad de desistimiento ("cláusula de revocación")



figuraba expresamente en las condiciones generales de la contratación y en el formulario disponible al efecto en la web de la demandada.

Decisión de la Sala:

1.- El error en la valoración de la prueba que excepcionalmente puede ser revisado en el recurso por infracción procesal debe tratarse de un error fáctico y de carácter patente, manifiesto, evidente o notorio, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

2.- Tales circunstancias no concurren en el presente caso, puesto que lo que se denuncia no es un error de hecho, sino un error de valoración jurídica sobre la calificación del contrato y la legislación (TRLUC o CC) que le resulta aplicable.

No cabe confundir la revisión de la valoración de la prueba, que se refiere a la fijación o determinación de los hechos, con la revisión de las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados. Ambas cuestiones se refieren a ámbitos diferentes, fácticos y jurídicos, respectivamente. En el recurso extraordinario por infracción procesal, la primera revisión es posible, en los términos excepcionales antes indicados; mientras que la segunda es jurídica y deberá ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con tal valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial.

3.- Por lo que este primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal. Falta de motivación

Planteamiento:

1.- El segundo motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1. 2º LEC, denuncia la infracción del art. 218.2 LEC, por falta de motivación.

2.- Al desarrollar el motivo, el recurrente aduce, resumidamente, que la Audiencia Provincial no motiva la razón por la que desestima la pretensión subsidiaria de anulabilidad por vicio de consentimiento.

Decisión de la Sala:

1.- La motivación debe permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos, lo que implica la exteriorización del fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo su comprensión. Pero dicha exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla (sentencias 294/2012, de 18 de mayo; 774/2014, de 12 de enero de 2015; y 484/2018, de 11 de septiembre).

2.- En este caso, la Audiencia Provincial explica claramente que no puede estimar la acción subsidiaria de nulidad del contrato por error vicio del consentimiento porque el demandante no ha probado que su consentimiento estuviera viciado por error y que dicha prueba le competía porque el consentimiento se presume libre y conscientemente prestado.

Con este razonamiento, debe entenderse suficientemente motivada la sentencia en este particular.

3.- Por lo que este motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

Recurso de casación

CUARTO.- Único motivo de casación. Calificación del contrato como celebrado a distancia o fuera del establecimiento y derecho de desistimiento. Planteamiento

1.- El único motivo de casación denuncia la infracción del art. 76, en relación con el art. 92, ambos del TRLUC.

2.- En el desarrollo del motivo, el recurrente aduce, resumidamente, que la sentencia recurrida yerra al no calificar el contrato como celebrado a distancia o fuera del establecimiento; y como consecuencia de dicho error no reconoce el derecho de desistimiento del demandante ni sus consecuencias jurídicas.

3.- La resolución del motivo requiere varios pronunciamientos sucesivos: en primer lugar, debe resolverse si el contrato celebrado entre las partes puede ser calificado como contrato celebrado a distancia, en los términos establecidos en el TRLUC y si es de aquellos para los que la Ley prevé un derecho de desistimiento en favor del consumidor; y en caso de que la respuesta a esta primera cuestión fuera afirmativa, habría que decidir sobre la procedencia y consecuencias del desistimiento ejercitado por el demandante. Además, vistos los términos en que se pronuncian tanto las sentencias de ambas instancias como el propio recurso de casación, debemos

determinar si el desistimiento del contrato efectuado por el demandante, en cuanto que dueño de la obra, se rige por el CC (art. 1594) o por el TRLCU (arts. 92 y ss.).

QUINTO.- *Los contratos celebrados a distancia con consumidores*

1.- En nuestro ordenamiento jurídico, los contratos a distancia de entrega de bienes o prestación de servicios con consumidores se regulan en los arts. 92 a 113 del TRLCU, cuya redacción vigente a la fecha de celebración del contrato litigioso provenía de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que transpuso la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

2.- Indiscutida en la instancia la cualidad de consumidor del demandante, debe examinarse si el contrato litigioso se incluye dentro del ámbito objetivo de dicha regulación, puesto que tanto la mencionada Directiva como el TRLCU excluyen su aplicación a determinados negocios, bien por su objeto, bien por las circunstancias en que se celebran.

Como regla general, el art. 92.1 TRLCU establece:

"Se regirán por lo dispuesto en este título los contratos celebrados a distancia con los consumidores y usuarios en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo.

"Entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: el correo postal, Internet, el teléfono o el fax".

A su vez, el art. 93 TRLCU enumera un listado de contratos que excluye expresamente de la regulación de la contratación a distancia con consumidores, entre los cuales no se encuentran los contratos de arrendamiento de obra como el celebrado entre las partes (instalación de un sistema de calefacción en una vivienda).

3.- En consecuencia, si el contrato que ligaba a las partes se celebró sin la presencia física simultánea de los contratantes, en el marco de un sistema de prestación de servicios organizado por la demandada, mediante una comunicación vía internet (correo electrónico y utilización de formularios alojados en la página web del empresario) y no está incluido en el listado de exclusiones del art. 93 TRLCU, debe concluirse que el contrato litigioso es un contrato a distancia con consumidores y se rige por los arts. 92 a 113 TRLCU.

El TRLCU es norma especial, por lo que, en tanto el dueño de la obra es consumidor y celebró un contrato a distancia con un profesional, no incluido en el listado negativo del art. 93 TRLCU, se aplica preferentemente en este caso al CC.

SEXTO.- *El derecho de desistimiento en la contratación a distancia con consumidores. Estimación en parte del recurso de casación. Asunción de la instancia*

1.- Con carácter general, el art. 102 TRLCU concede al consumidor en la contratación a distancia un derecho de desistimiento *ad nutum*, en el sentido de otorgarle la facultad unilateral de ruptura del vínculo contractual sin necesidad de invocar ni justificar causa alguna.

Como declaró la STJUE de 23 de enero de 2019 (asunto C-430/17):

"el derecho de desistimiento tiene por objeto proteger al consumidor en la situación concreta de una venta a distancia, en la que no tiene la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato. Por tanto, se considera que el derecho de desistimiento compensa la desventaja resultante para el consumidor de un contrato a distancia, concediéndole un plazo de reflexión apropiado durante el cual tiene la posibilidad de examinar y probar el bien adquirido (véase, por analogía, la sentencia de 3 de septiembre de 2009, Messner, C-489/07, EU:C:2009:502, apartado 20)".

Tesis que también asume nuestra sentencia 167/2021, de 24 de marzo, al declarar:

"El derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándosele así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase (art. 68 TRLGCU)".

"En un número creciente de leyes el legislador ha reconocido a los consumidores, como un derecho irrenunciable, el derecho a desistir del contrato ya perfeccionado con el fin de paliar los riesgos de decisiones poco informadas o meditadas que van asociados a ciertas formas de contratación en las que el consumidor no ha tomado la iniciativa de contratar o se ve expuesto a técnicas agresivas empleadas por los empresarios para lograr la celebración del contrato".



2.- Este derecho de desistimiento está sujeto a un plazo de ejercicio de catorce días naturales (art. 102.1 TRLCU). En primera instancia, el cumplimiento de este plazo fue objeto de controversia, porque la parte demandada mantenía que el contrato se celebró antes del 4 de noviembre de 2015, pero afirmado en ambas instancias que esa fue la fecha en que se perfeccionó el contrato, la resolución del motivo de casación debe partir de esa premisa, por lo que el derecho se ejercitó temporáneamente.

Además, el contrato no estaba completamente ejecutado y el consumidor no había renunciado al ejercicio del derecho de desistimiento, por lo que tampoco opera la exclusión del art. 103 a) TRLCU.

3.- La consecuencia del ejercicio de ese derecho de desistimiento consiste en la extinción de las obligaciones de las partes, que se traduce en una obligación de restitución recíproca de las prestaciones, derivada de la ineficacia sobrevenida del contrato.

Si bien esta previsión restitutoria es de fácil ejecución en los contratos de entrega de bienes, pues consistirá en la restitución recíproca de la cosa y el precio, no sucede lo mismo en los contratos de prestación de servicios, puesto que, una vez prestado el servicio, no puede ser devuelto, por su naturaleza incorporal, que se agota con la propia prestación. Es por ello que, en los contratos a distancia, si como ocurrió en este caso, el consumidor ha consentido que el empresario iniciara la prestación de los servicios antes de que transcurriera el plazo de desistimiento y la prestación no se ha consumado, el art. 108.3 TRLCU dispone que el consumidor deberá abonar al empresario el importe proporcional de la parte del servicio ya prestado a la fecha en la que comunique al empresario el desistimiento del total del contrato, importe que se calculará sobre el precio total acordado o sobre la base del valor de mercado del servicio ya prestado.

4.- En este caso, la prestación fue mixta, puesto que, por una parte, consistió en la adquisición por la demandada de una bomba de calor por importe de 9.092,24 €; y por otra, en la ejecución material de unas obras, que según quedó acreditado en la instancia, tuvieron un valor de 898 €.

Por tanto, una vez que ya no es precisa la devolución de la bomba de calor por el demandante, puesto que en su momento rechazó su entrega, la demandada deberá reintegrar al demandante la cantidad resultante de restar el importe de los trabajos realizados (898 €) a los 20.000 € recibidos. Es decir, 19.102 €, más su interés legal desde el 16 de noviembre de 2015.

5.- Finalmente, no es atendible la pretensión del demandante, reproducida en casación, relativa a la reclamación del doble de la cantidad abonada a cuenta, prevista en el art. 76, segundo párrafo, TRLCU, ya que esta disposición se refiere exclusivamente a los contratos con consumidores que no tienen una regulación específica para el desistimiento, pero no a los contratos que tienen normas especiales al respecto, como son los contratos a distancia, los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles y los contratos de comercialización a distancia de servicios financieros.

En la redacción original del TRLCU, la regulación del desistimiento en los contratos a distancia no contenía una previsión semejante a la del art. 76, segundo párrafo. Fue la Ley 3/2014, de 27 de marzo, la que dio una nueva redacción al art. 107.1 TRLCU e introdujo un segundo párrafo de contenido similar al del art. 76, sin reparar -como inmediatamente denunció la doctrina- en que excedía lo previsto en la Directiva 2011/83/UE, porque la posibilidad del reclamación del duplo de la prestación debida no estaba contemplada en ella y se trataba de una Directiva de armonización plena que, como tal, prohíbe a los Estados miembros mantener o adoptar disposiciones divergentes de las establecidas en su texto (art. 4 de la Directiva).

Por tanto, con esta reforma del art. 107.1 TRLCU, el legislador de 2014 introdujo una norma contraria a la Directiva que, en consecuencia, debe ser inaplicada, puesto que los jueces y tribunales de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (STJCE de 9 de marzo de 1978, asunto *Simmenthal* , 106/77; y SSTJUE de 22 de junio de 2010, asunto *Melki y Abdeli*, C-188/10 y C-189/10 ; y de 5 de octubre de 2010, asunto *Elchinov*, C-173/09).

De hecho, el precepto - art. 107.1 TRLCU- volvió a ser reformado por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, que suprimió el párrafo conflictivo. Y la justificación según la exposición de motivos (apartado VI) fue:

"dicha modificación responde a la necesidad de dar inmediata respuesta al Proyecto Piloto 8007/15/JUST abierto al Reino de España a consecuencia de una incorrecta transposición de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, dando cumplimiento a los compromisos adquiridos con la Comisión Europea y evitando la imposición de posibles sanciones económicas al Reino de España".



6.- En consecuencia, la estimación en parte del recurso de casación conlleva la estimación en parte del recurso de apelación y de la demanda, en el sentido de declarar que el demandante desistió correctamente del contrato y debe ser reintegrado del precio abonado conforme a lo antes expuesto.

SÉPTIMO.- Costas y depósitos

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que se impongan las costas causadas por él a la parte recurrente, según ordena el art. 398.1 LEC.

2.- La estimación de los recursos de casación y de apelación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por ellos, según previene el art. 398.2 LEC.

3.- La estimación en parte de la demanda implica que no deba hacerse expresa imposición de las costas de la primera instancia, a tenor de lo previsto en el art. 394.1 LEC.

4.- Asimismo, debe ordenarse la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de casación y de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Jesús Luis contra la sentencia núm. 1/2018, de 3 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 4ª), en el recurso de apelación núm. 407/2017.

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por el mismo recurrente contra dicha sentencia, que casamos y anulamos.

3.º- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Jesús Luis contra la sentencia núm. 123/2017, de 13 de junio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Palma de Mallorca, en el juicio ordinario núm. 424/2016, que revocamos y dejamos sin efecto.

4.º- Estimar en parte la demanda formulada por D. Jesús Luis contra Tu Energy Shop S.L., declarar que el demandante ejercitó correctamente su derecho de desistimiento respecto del contrato a distancia celebrado con la demandada el 4 de noviembre de 2015 y condenar a la demandada a reintegrar al demandante la suma de 19.102 €, más su interés legal desde el 16 de noviembre de 2015.

5.º- No hacer expresa imposición de las costas de la primera instancia.

6.º- Imponer a Jesús Luis las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

7.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de casación y de apelación y ordenar la devolución de los depósitos constituidos para su interposición, así como la pérdida del prestado para el recurso extraordinario de infracción procesal.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.