



Roj: **STS 1082/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1082**

Id Cendoj: **28079110012021100152**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/03/2021**

Nº de Recurso: **2491/2018**

Nº de Resolución: **167/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 4132/2018,**
STS 1082/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 167/2021

Fecha de sentencia: 24/03/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2491/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/03/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 18.^a

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

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 2491/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 167/2021

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 24 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Mejor Que Ayer S.L. (Superhabit Consulting), representada por la procuradora D.^a Rosa Martínez Serrano y bajo la dirección letrada de D. José Miguel Valdivia Calderón, contra la sentencia n.º 111/2018, de 21 de marzo, dictada por la Sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 841/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 236/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 33 de Madrid, sobre reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida D. Camilo y D.^a Asunción, representados por la procuradora D.^a Elena Yustos Capilla y bajo la dirección letrada de D. Felipe Sánchez Sáez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La sociedad Mejor Que Ayer S.L. (Superhabit, Consulting Inmobiliario) interpuso demanda de juicio ordinario contra D.^a Asunción y D. Camilo, en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"se condene a los demandados a pagar a mi mandante la suma de CATORCE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE (14.447,40 €), la cual habrá de incrementarse con los intereses legales, con expresa condena en costas para los demandados, ...".

2.- La demanda fue presentada el 18 de febrero de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 33 de Madrid, fue registrada con el n.º 236/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D.^a Asunción contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda con expresa condena en costas a la actora.

4.- D. Camilo contestó también mediante escrito en el que solicitaba su absolución respecto a los pedimentos de la demanda y la desestimación de esta con expresa condena en costas a la actora. A su vez formula demanda reconvenicional que es admitida mediante decreto de 13 de julio de 2015. El juzgado dictó auto de fecha 11 de noviembre de 2015 en el que declaró la nulidad del decreto, por considerar que no existía reconvenición sino la alegación de nulidad absoluta del contrato de conformidad con el art. 408.2 LEC.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 33 de Madrid dictó sentencia de fecha 9 de mayo de 2017, con el siguiente fallo:

"Estimo parcialmente la demanda planteada por la sociedad Mejor Que Ayer S.L. Superhabit, Consulting Inmobiliario frente a D.^a Asunción y D. Camilo, declaro haber lugar en parte a la misma condenando a los demandados a abonar a la actora DOS MIL EUROS, e intereses legales; todo ello sin hacer expresa condena en costas atendido el acogimiento parcial de las pretensiones de cada una de las partes".

6.- Mejor Que Ayer S.L. solicitó aclaración de la sentencia que fue resuelta mediante auto de fecha 29 de junio de 2017 en el siguiente sentido:

"PARTE DISPOSITIVA: Se estima la petición formulada por Mejor que Ayer S.L. de aclarar y rectificar la sentencia n.º 162/17 dictado/a en el presente procedimiento con fecha 09/05/2017, en el sentido de que:

"Frente a la sentencia dictada en fecha 9 de mayo de 2017 cabe interponer recurso de apelación".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Mejor Que Ayer S.L. (Superhabit) e impugnada por la representación de D. Camilo y D.^a Asunción.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 841/2017 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 21 de marzo de 2018, con el siguiente fallo:

"DESESTIMANDO el recurso de apelación planteado por Mejor Que Ayer S.L. (Superhabit Consulting Inmobiliario), representada por la Sra. Procuradora D.^a Rosa Martínez Serrano y ESTIMANDO la impugnación formulada por D. Camilo y D.^a Asunción, ambos recursos contra la sentencia de fecha 9 de mayo de 2017 y auto aclaratorio de 29 de junio de 2017, dictados por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 33 de Madrid en autos de Juicio Ordinario n.º 236/2015 seguidos entre las citadas partes, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS las referidas resoluciones que quedan sin efecto, y en su lugar, DESESTIMANDO en su integridad la demanda planteada por Mejor Que Ayer S.L. (Superhabit Consulting



Inmobiliario), DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los demandados D. Camilo y D.^a Asunción, de todas las pretensiones contra los mismos ejercitadas. Se imponen las costas procesales generadas en la primera instancia a la parte actora, y las causadas en esta alzada por su recurso a la apelante Mejor Que Ayer S.L. (Superhabit Consulting Inmobiliario), sin que proceda especial pronunciamiento por las costas procesales generadas en esta alzada por la impugnación planteada por D. Camilo y D.^a Asunción".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- Mejor Que Ayer S.L. (Superhabit) interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción del art. 103 a) del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el texto refundido de la Ley General Defensa Consumidores y Usuarios, LGDCU.

"Segundo.- Infracción del art. 1119 y del art. 1256 CC".

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 esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 4 de noviembre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Mejor Que Ayer S.L. (Superhabit) contra la sentencia dictada el 21 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Decimoctava) en el rollo de apelación n.º 841/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 236/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 33 de Madrid".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 5 de febrero de 2021 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 16 de marzo de 2021, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes*

El recurso versa sobre el derecho del consumidor a desistir de un contrato celebrado en su domicilio. El desistimiento se produce cuando el empresario ya ha ejecutado el servicio pero sin que, durante el tiempo establecido en la ley para desistir, los consumidores prestaran su consentimiento expreso para que comenzara la ejecución del contrato ni reconocieran al mismo tiempo que eran conscientes de que una vez que el contrato se hubiera ejecutado completamente por el empresario ya no podrían desistir [art. 103.a) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en adelante TRLGCU].

En el caso, se trata de un contrato de corretaje inmobiliario que tenía por objeto la búsqueda por la agencia de un comprador para la vivienda de los consumidores.

Por lo que interesa exclusivamente a efectos de este recurso de casación son hechos relevantes los siguientes.

1. Mejor que Ayer S.L. (Superhabit Consulting) interpuso demanda contra D. Camilo y contra D.^a Asunción en la que, en su condición de agente inmobiliario en el marco del contrato de corretaje contenido en la nota de encargo de 25 de noviembre de 2014, reclamaba el pago de 14.447,40 euros en concepto de los honorarios pactados por el cumplimiento de sus servicios. El referido encargo tenía por objeto la gestión de la venta de un inmueble propiedad de los demandados, sito en la CALLE000 nº NUM000 de la localidad de Madrid.

Los demandados, además de otras consideraciones sobre la inexistencia de daño a la demandante que justificara pago alguno, o la oscuridad de la cláusula sobre el momento del devengo de los honorarios de la demandante, se opusieron alegando que la nota de encargo había sido firmada fuera del establecimiento mercantil de la actora y que en la misma no constaba el derecho de desistimiento que les asistía conforme a la regulación legal vigente. Añadieron que, en cualquier caso, el 9 de diciembre de 2014 habían remitido un burofax a la actora comunicando el desistimiento del contrato de corretaje.

2. El Juzgado estimó en parte la demanda. Razonó que los demandados decidieron unilateralmente no vender el piso y manifestaron su desistimiento de forma extemporánea, cuando el agente ya había cumplido el



contrato al encontrar compradores. Con todo, moderó la cantidad que debían pagar los demandados y les condenó a abonar 2.000 euros en lugar de los 14.447,40 euros reclamados, al entender que la cláusula sobre honorarios del contrato tenía como misión sustituir la correspondiente indemnización de daños en caso de falta de cumplimiento contractual (arts. 1152 y 1154 CC) y que en el caso, en atención a las circunstancias, la cantidad reclamada era excesiva (porque los consumidores cambiaron de idea y no llegaron a vender el piso y porque la agencia no sufrió especiales daños).

3. Ambas partes interpusieron recurso de apelación.

La Audiencia estima el recurso interpuesto por los demandados y desestima el de la demandante. En consecuencia, desestima la demanda y absuelve a los demandados.

La sentencia entiende que el contrato de corretaje se celebró fuera del establecimiento mercantil de la parte actora y no hubo información sobre el desecho de desistimiento que amparaba a los demandados, de acuerdo con los arts. 68 y 102 TRLGCU, por lo que desistieron válidamente. La sentencia añade otra serie de consideraciones, al hilo de los argumentos mantenidos por los demandados, acerca de que si bien desistieron por burofax es verosímil que, como dicen, lo comunicaran antes por teléfono; que la cláusula sobre honorarios no era clara; que la nota de encargo solo estaba firmada por los demandados pero no por la agencia; o que no llegaron a vender el piso, por lo que no se aprovecharon de la actividad de la actora.

4. La demandante interpone recurso de casación, fundado en dos motivos. Solicita la casación de la sentencia recurrida, la estimación de la demanda y la condena a los demandados recurridos al pago de 14.447,40 euros más intereses y costas.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. Planteamiento del primer motivo.

El primer motivo denuncia la infracción del art. 103.a) TRLGCU.

En su desarrollo explica que, de acuerdo con el art. 103.a) TRLGCU, los demandados no podían desistir del contrato de corretaje porque la actora ya había prestado el servicio, les requirió para que pagaran, y fue entonces cuando comunicaron por burofax su desistimiento. Añade que la falta de información del derecho de desistimiento por parte del empresario simplemente supone la ampliación del plazo de ejercicio (art. 71.3 TRLGCU), pero negarse a pagar cuando el servicio está prestado es contrario a las reglas de la buena fe.

El motivo va a ser desestimado por lo que decimos a continuación.

2. Decisión de la sala. Desestimación del primer motivo.

A) Cuestión jurídica que se plantea.

La cuestión que se plantea es la interpretación de la excepción que establece el art. 103.a) TRLGCU al derecho del consumidor de desistir de un contrato de prestación de servicios celebrado fuera de establecimiento mercantil cuando el servicio está completamente ejecutado por el empresario, pero el consumidor no ha sido informado previamente ni del derecho de desistimiento ni de las consecuencias de que el servicio se prestara antes del plazo establecido en la ley para desistir.

En el caso debemos partir, como hechos no discutidos, de que los demandados son consumidores y celebraron en su domicilio un contrato de corretaje mercantil con la actora con el fin de vender su vivienda.

El conflicto se suscita entre la entidad que realiza la intermediación inmobiliaria y los consumidores-comitentes, que desisten del contrato de corretaje una vez que la agencia ha localizado a unas personas con interés en comprar. La actora exige el pago de sus honorarios de acuerdo con el contrato de corretaje. No son parte en el procedimiento ni existe controversia con los terceros interesados en la compra del piso, que recuperaron de la agencia la cantidad que previamente le habían entregado en concepto de "reserva" del piso.

No se discute que los consumidores demandados no han vendido el piso al que se refiere este litigio, ni a las personas localizadas por la agencia ni a otras personas. Los demandados han reconocido que decidieron comunicar a la agencia inmobiliaria que desistían del encargo cuando valoraron que "no les salían las cuentas" si tenían que descontar del precio por el que la agencia les dijo que se podía vender el piso (inferior al que ellos habían anunciado en varios portales de internet) los honorarios de la agencia, la plusvalía que tenían que pagar y las amortizaciones de los préstamos hipotecarios que gravaban la finca.

Tampoco se discute que la agencia no proporcionó información sobre el derecho de desistimiento ni sobre las consecuencias de que se ejecutara inmediatamente el contrato de corretaje. La agencia, demandante ahora recurrente, lo que niega es que los consumidores puedan desistir cuando ella ya ha ejecutado el contrato.



B) *Derecho de desistimiento en los contratos celebrados por consumidores fuera de establecimiento mercantil.*

i) El derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose 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.

Es lo que sucede, en particular cuando el contrato se celebra en el domicilio del consumidor, que es uno de los supuestos sometidos a la regulación especial de los denominados "contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil", en los que no es el consumidor quien acude al mercado a contratar y puede no tener tiempo para reflexionar sobre la conveniencia de celebrar el contrato o para comparar otras posibles ofertas. "Fuera del establecimiento -dice el considerando 21 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores-, el consumidor podría estar bajo posible presión psicológica o verse enfrentado a un elemento de sorpresa, independientemente de que haya solicitado o no la visita del comerciante".

La regulación vigente del derecho de desistimiento para estos contratos está contenida en los arts. 102 a 108 TRLGCU, que unifican el régimen legal de los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. La redacción de estos artículos (aplicables a los contratos celebrados a partir de 13 de junio de 2014) procede de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGCU de 2007. La Ley 3/2014 incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 2011/83/UE, que derogó la normativa europea anterior sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

Hay que tener en cuenta además que, en defecto de las reglas más específicas del desistimiento contenidas en los arts. 102 y ss., es aplicable supletoriamente la regulación del derecho de desistimiento contenida en los arts. 68 a 79 TRLGCU (art. 68.3 TRLGCU).

ii) El art. 102 TRLGCU reconoce al consumidor que celebra en su domicilio un contrato con un empresario (art. 92 TRLGCU) el derecho a desistir del contrato durante un período de catorce días naturales sin indicar motivo alguno y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en los arts. 107.2 y 108 (en algunos casos debe hacerse cargo de los costes de devolución o de envío).

El plazo de catorce días se computa desde la celebración del contrato si su objeto es la prestación de servicios siempre que el empresario haya cumplido con el deber de información y documentación que le corresponde (art. 71.1 y 2 TRLGCU). Si el empresario no hubiera cumplido con el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, el plazo para su ejercicio finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, a contar desde que se hubiera celebrado el contrato si el objeto fuera la prestación de servicios (art. 71.3 TRLGCU).

Este derecho de desistimiento es previamente irrenunciable (art. 102.2 TRLGCU), en línea con el carácter imperativo de las normas de consumo (art. 10 TRLGCU).

iii) La efectividad del derecho de desistimiento depende de la información que disponga el consumidor sobre su existencia y contenido. De ahí que la ley imponga al empresario deberes precontractuales de información sobre la existencia del derecho de desistimiento y su régimen jurídico (arts. 60.1, 69, 97 TRLGCU). En particular, conforme al art. 97.1, letras i), k) y l):

"Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento o cualquier oferta correspondiente, el empresario le facilitará de forma clara y comprensible la siguiente información: (...) i) Cuando exista un derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho, así como el modelo de formulario de desistimiento. (...) k) En caso de que el consumidor y usuario ejercite el derecho de desistimiento tras la presentación de una solicitud con arreglo al artículo 98.8 o al artículo 99.3, la información de que en tal caso el consumidor y usuario deberá abonar al empresario unos gastos razonables de conformidad con el artículo 108.3. (...) l) Cuando con arreglo al artículo 103 no proceda el derecho de desistimiento, la indicación de que al consumidor y usuario no le asiste, o las circunstancias en las que lo perderá cuando le corresponda".

iv) El art. 103 TRLGCU contiene en sus apartados a) a m) una serie de excepciones al derecho de desistimiento, basadas en diferentes motivos por los que, en atención a la naturaleza del producto o del servicio, o de

las circunstancias concurrentes, el legislador no considera razonable que el consumidor pueda desistir (bienes personalizados confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor, bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez, contratos en los que el consumidor haya solicitado específicamente al empresario que le visite para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento urgente, etc.).

Por lo que aquí interesa, la letra a) del art. 103 TRLGCU dispone:

"El derecho de desistimiento no será aplicable a los contratos que se refieran a: a) La prestación de servicios, una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado, cuando la ejecución haya comenzado, con previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y con el reconocimiento por su parte de que es consciente de que, una vez que el contrato haya sido completamente ejecutado por el empresario, habrá perdido su derecho de desistimiento"

El art. 103.a) TRLGCU se corresponde con el art. 16.a) de la Directiva 2011/83/UE, que en su considerando 50 explica:

"Por un lado, el consumidor debe poder disfrutar del derecho de desistimiento aun cuando haya solicitado la prestación de los servicios antes de que finalice el período de desistimiento. Por otro lado, si el consumidor ejerce su derecho de desistimiento, el comerciante debe tener garantías de que se le va a pagar convenientemente el servicio que ha prestado. El cálculo del importe proporcionado debe basarse en el precio acordado en el contrato, a menos que el consumidor demuestre que el precio total es ya de por sí desproporcionado, en cuyo caso el importe a pagar se calculará sobre la base del valor de mercado del servicio prestado. El valor de mercado se debe establecer comparando el precio de un servicio equivalente prestado por otros comerciantes en el momento de la celebración del contrato. Por lo tanto, el consumidor debe solicitar de forma expresa la prestación del servicio antes de que finalice el plazo de desistimiento mediante una solicitud expresa y, en el caso de un contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil, deberá hacerlo en un soporte duradero. Del mismo modo, el comerciante debe informar al consumidor, utilizando un soporte duradero, de toda obligación de abonar la parte proporcional del coste de los servicios ya prestados. En el caso de contratos que tengan por objeto bienes y servicios, las normas previstas en la presente Directiva sobre la devolución de bienes deben aplicarse a los elementos relativos a los bienes y el régimen de compensación se aplicará a los elementos relativos a los servicios".

v) El art. 103.a) TRLGCU debe ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 99.3 TRLGCU para los contratos celebrados fuera de establecimiento (art. 98.8 TRLGCU para los contratos a distancia), y los equivalentes arts. 7.3, 8.8 y 14.3 y 4 de la Directiva 2011/83/UE.

Conforme al art. 99.3 TRLGCU:

"En caso de que un consumidor y usuario desee que la prestación de servicios o el suministro de agua, gas o electricidad -cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas- o de calefacción mediante sistemas urbanos dé comienzo durante el plazo de desistimiento previsto en el artículo 104, el empresario exigirá que el consumidor y usuario presente una solicitud expresa en tal sentido".

vi) El art. 103.a) TRLGCU debe ponerse en relación también con lo dispuesto en el art. 108.3 y 4.a) (Obligaciones y responsabilidad del consumidor y usuario en caso de desistimiento):

"3. Cuando un consumidor y usuario ejerza el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.8 o en el artículo 99.3, abonará al empresario un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que haya informado al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato. El importe proporcional que habrá de abonar al empresario se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato. En caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio.

4. El consumidor y usuario no asumirá ningún coste por:

a) La prestación de los servicios o el suministro de agua, gas o electricidad -cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas- o de calefacción mediante sistemas urbanos, de forma total o parcial, durante el período de desistimiento, cuando:

1.º El empresario no haya facilitado información con arreglo al artículo 97.1.i) o k); o bien

2.º El consumidor y usuario no haya solicitado expresamente que la prestación del servicio se inicie durante el plazo de desistimiento con arreglo al artículo 98.8 y al artículo 99.3".



vii) En la lógica de la regulación del derecho de desistimiento, resulta razonable que el consumidor no pueda desistir cuando el servicio ya se haya ejecutado, porque en ese caso ya se habrá beneficiado de la utilidad perseguida por el contrato.

Pero, para que el consumidor quede privado del derecho de desistimiento, el art. 103.a) TRLGCU, al igual que el art. 16.a) de la Directiva 2011/83/UE, exige que el consumidor haya consentido el inicio de la prestación del servicio y sea plenamente consciente de que su ejecución conllevará la pérdida del derecho de desistimiento.

Como advierte el apartado 64 de la STJUE (Sala Sexta) de 14 de mayo 2020, asunto C-208/19 (NK), la excepción al derecho de desistimiento prevista en el art. 16.a) de la Directiva 2011/83/UE requiere como requisitos "el previo consentimiento expreso del consumidor acerca de la prestación del servicio de que se trata, por una parte, y la información facilitada por el comerciante sobre el ejercicio del derecho de desistimiento, por otra parte".

En definitiva, si no existe información previa por parte del empresario [art. 97.1.i) y l) TRLGCU] y el consumidor no presta su consentimiento expreso para el inicio de la prestación al mismo tiempo que reconoce que es pleno conocedor de que con la ejecución perderá el derecho a desistir, este derecho se conserva incluso cuando el contrato se ha ejecutado por completo, y no asumirá ningún coste.

El legislador trata así de reforzar la exigibilidad de los deberes precontractuales de información referidos al derecho de desistimiento y de evitar que el empresario burle la efectividad de este derecho llevando a cabo la ejecución del contrato sin haber informado previamente al consumidor de la existencia del derecho a desistir y de su régimen jurídico. Por ello, incluso cuando el consumidor hubiera presentado la solicitud expresa de que desea que la prestación del servicio comience durante el plazo de desistimiento, el empresario debe informarle de que el desistimiento puede comportar el pago de unos gastos razonables [art. 97.1.k) TRLGCU].

C) Aplicación al caso. Desestimación del motivo primero.

De acuerdo con lo expuesto, la sentencia recurrida, al considerar que los consumidores podían desistir del contrato de corretaje inmobiliario celebrado en su domicilio a pesar de que la agencia ya había conseguido encontrar unas personas interesadas en la compra del piso, no infringe el art. 103.a) TRLGCU. Ello por cuanto, en atención a los hechos, no se dan los requisitos para la excepción al derecho de desistimiento previstos en el art. 103.a) TRLGCU. En el caso no consta que, durante el tiempo que legalmente tiene el consumidor para desistir (catorce días desde la celebración del contrato más doce meses por no haber cumplido el empresario el deber de información sobre el derecho de desistimiento), los consumidores prestaran su consentimiento expreso para que comenzara la ejecución del contrato, reconociendo al mismo tiempo que eran conscientes, es decir, plenamente conocedores, de que una vez que el contrato se hubiera ejecutado completamente por el empresario ya no podrían desistir.

Por lo demás, contra lo que dice la agencia, no se aprecia que el ejercicio del desistimiento por los consumidores haya sido contrario a la buena fe ni constituya un abuso, pues no se trata de que los consumidores hayan pretendido defraudar los derechos de la agencia mediante la desvinculación del contrato para evitar pagarle los honorarios correspondientes pero aprovechándose de su labor por haber celebrado el contrato de venta promovido por el agente. De lo que se trata es de que, habiendo celebrado el contrato de corretaje en el domicilio de los consumidores, que es un supuesto para el que el legislador establece un derecho de desistimiento para paliar el riesgo de decisiones poco informadas o meditadas, la agencia no les informó del derecho a desistir y ejecutó totalmente el contrato dentro del plazo que hubieran tenido para desistir. En consecuencia, el ejercicio del derecho de desistimiento por parte de los consumidores es eficaz y no les es exigible el pago de los honorarios reclamados por la agencia.

El motivo primero se desestima.

3. Planteamiento del segundo motivo.

En el motivo segundo la recurrente denuncia la infracción del art. 1119 CC en relación con el art. 1256 CC.

En su desarrollo razona que la sentencia recurrida, al eximir a los demandados del pago de la retribución por la falta de aprovechamiento de la actividad desplegada por la agencia, es contraria a la jurisprudencia que ha interpretado que la obligación de pago nace cuando la empresa encuentra comprador. Añade que, además, en el caso, el contrato fijaba de manera clara el derecho de la agencia a cobrar en el momento de la "señalización" del inmueble, lo que ocurrió cuando la agencia encontró un comprador que aceptó las condiciones acordadas con los demandados y pagó la señal. En particular, reprocha a la sentencia recurrida que para desestimar la demanda tenga en cuenta que los demandados no se aprovecharon de la actividad de la actora porque lo cierto es que, de manera no justificada y unilateral, una vez conseguida la venta, como ellos mismos reconocen, "se echaron atrás" porque "no les salían las cuentas".



Por lo que decimos a continuación, el motivo va a ser desestimado.

4. Decisión de la sala. Desestimación del segundo motivo.

El motivo debe ser desestimado porque prescinde de la razón por la que la sentencia recurrida ha desestimado la demanda. Como recuerda la sentencia 453/2018, de 18 de julio, con cita de la sentencia 344/2018, de 7 junio:

"Tiene declarado la sala, al decidir sobre la admisión de los recursos de casación, que debe combatirse en ellos únicamente los argumentos empleados para resolver las cuestiones objeto de debate que constituyan "ratio decidendi" (autos de 30 de octubre y 4 de diciembre de 2007). Quedan excluidos los argumentos "obiter", a "mayor abundamiento" o "de refuerzo" (SSTS 362/2011 de 7 de junio, y 327/2010, de 22 de junio, entre otras). La impugnación debe dirigirse contra la fundamentación de la resolución que tenga carácter decisivo o determinante del fallo, es decir, que constituya ratio decidendi (SSTS 238/2007, de 27 de noviembre; 1348/2007, de 12 de diciembre; 53/2008 de 25 de enero; 58/2008, de 25 de enero; 597/2008, de 20 de junio, entre otras)".

En el caso, la cuestión que plantea este motivo segundo es ajena a la *ratio decidendi* de la sentencia, que no es otra que la atacada en el primer motivo del recurso. De modo que, aunque la sentencia afirma que no hubo aprovechamiento de la actividad que la agencia hubiera podido desplegar, no es esa la razón por la que se desestima la demanda, por lo que la sentencia no es contraria a la jurisprudencia invocada por la recurrente acerca del momento del devengo de los derechos de la agencia. Otra cosa es que, como hemos dicho al resolver el primer motivo del recurso, la falta de aprovechamiento de la actividad de la agencia confirme que, en el caso, el ejercicio del derecho de desistimiento por los consumidores demandados no fue contrario a la buena fe ni supuso un ejercicio abusivo del derecho.

En consecuencia, el motivo segundo también se desestima.

TERCERO. Costas

La desestimación del recurso de casación determina la imposición de las costas devengadas a la parte recurrente (arts. 398.1 y 394 LEC).

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 de casación interpuesto por Mejor Que Ayer S.L. (Superhabit Consulting) contra la sentencia dictada el 21 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Decimoctava) en el rollo de apelación n.º 841/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 236/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 33 de Madrid.

2.º- Confirmar el fallo de la mencionada sentencia.

3.º- Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición.

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

Así se acuerda y firma.