

**Id. Cendoj:** 28079130032013100071  
**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 3  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 20/03/2013  
**Nº de Recurso:** 4111/2009  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA  
**Procedimiento:** RECURSO CASACIÓN  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Resumen:**

Defensa de la competencia. Turno notarial.

**Idioma:**

Español

---

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinte de Marzo de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4111/2009 interpuesto por la ASOCIACIÓN NACIONAL DE COMPRADORES Y USUARIOS DE VIVIENDAS DEL MINISTERIO DE DEFENSA, representada por la Procurador D<sup>a</sup>. Yolanda Luna Sierra, contra la sentencia dictada con fecha 23 de febrero de 2009 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 278/2006 , sobre defensa de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, y el CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, representado por el Procurador D. Rafael Gamarra Megías.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** La Asociación Nacional de Compradores y Usuarios de Viviendas del Ministerio de Defensa interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 278/2006 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2006, recaída en el expediente r685/06v, que desestimó el recurso presentado contra la providencia de 27 de febrero de 2006 dictada por el Servicio de Defensa de la Competencia (ref. NUM000 ) que acordó "no estar justificada la adopción de la medida cautelar propuesta".

**Segundo.-** En su escrito de demanda, de 8 de noviembre de 2006, la asociación recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y

suplicó que se dictase sentencia "por la que estimando el presente recurso disponga la revocación de las resoluciones impugnadas, acordando la adopción de la medida cautelar de cesación de la conducta investigada, durante la instrucción y resolución del expediente sancionador incoado por resolución del propio Tribunal". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

**Tercero.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 6 de marzo de 2007, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho".

**Cuarto.-** El Consejo General del Notariado contestó a la demanda con fecha 17 de abril de 2007 y suplicó a la Sala que "dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución objeto del mismo por ser conforme a Derecho".

**Quinto.-** Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 27 de abril de 2007, por escrito de 10 de julio de 2007 la Asociación Nacional de Compradores y Usuarios de Viviendas del Ministerio de Defensa solicitó la ampliación del recurso al acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de junio anterior, que en el expediente NUM001 , Viviendas Ministerio de Defensa 6, resolvió: "Desestimar el recurso interpuesto por Don Ruperto , en su propio nombre y en representación de Don Carlos Francisco y de la Asociación Nacional de Usuarios y Adquirentes de Viviendas del Ministerio de Defensa contra el Acuerdo de Sobreseimiento adoptado por el Servicio de Defensa de la Competencia el 11 de enero de 2007, que mantenemos en todos sus pronunciamientos 'por inexistencia de derecho tutelable'."

Dicha ampliación fue acordada por providencia de 21 de septiembre de 2007.

**Sexto.-** En su nuevo escrito de demanda, de 14 de diciembre de 2007, la Asociación Nacional de Usuarios y Adquirentes de Viviendas del Ministerio de Defensa solicitó que se dictase sentencia "por la que estimando el presente recurso, disponga la revocación de las resoluciones impugnadas, acordando:

1.- Sea calificada la conducta denunciada como infractora de la libre competencia y abuso de posición dominante.

2.- Sea acordada e impuesta a INVIFAS y a los Colegios de Notarios, la cesación de la conducta denunciada, permitiendo a los compradores de viviendas la libre designación de notario.

3.- Sea requerido el INVIFAS para que cese en la imposición de la forma de la minuta, en los términos que no afectan al pacto.

4.- Sea declarada como abusiva la práctica de imponer la cláusula de renuncia al saneamiento por vicios ocultos.

5.- Sea impuesta la sanción procedente.

6.- Sea impuesta la obligación de publicar la resolución final del expediente en los Boletines Oficiales del Ministerio de Defensa, del Consejo del Notariado y del Estado, así como en un periódico de difusión nacional, con cargo a los denunciados".

Por otrosí interesó igualmente el recibimiento a prueba.

**Séptimo.-** El Abogado del Estado contestó a esta demanda con fecha 13 de marzo de 2008 y suplicó a la Sala que dicte sentencia "por la que se desestime el presente recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho".

**Octavo.-** El Consejo General del Notariado contestó a la nueva demanda con fecha 10 de julio de 2008 y suplicó a la Sala que se dicte sentencia "por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución objeto del mismo por ser conforme a Derecho".

**Noveno.-** Evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 23 de febrero de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Asociación Nacional de Compradores y Usuarios de Viviendas del Ministerio de Defensa contra las Resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia los días 21 de junio de 2006 y 13 de junio de 2007 descritas en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, las cuales confirmamos por ser conformes a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas."

**Décimo.-** Con fecha 9 de septiembre de 2009 la Asociación Nacional de Compradores y Usuarios de Viviendas del Ministerio de Defensa interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 4111/2009 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , "la sentencia incurre en incongruencia por error, vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, del artículo 24 de la CE , al adoptar razonamientos radicalmente contrarios al contenido de la norma que aplica, vulnerando lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil ".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "vulneración de lo establecido en el artículo 7.3 de la vigente Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas ".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "vulneración de lo establecido en el artículo 1.1.c de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia ".

Cuarto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "vulneración de lo establecido en los artículos 1.1.a y 6.2.a de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (con relación al 1485 del Código Civil ), al resolver que la imposición de la renuncia al saneamiento por vicios ocultos, como condición para la venta, no constituye conducta prohibida".

**Undécimo.-** El Consejo General del Notariado se opuso al recurso con fecha 9 de abril de 2010 y suplicó a la Sala su desestimación con expresa imposición de costas.

**Duodécimo.-** Por escrito de 12 de abril de 2010 el Abogado del Estado se opuso al

recurso y suplicó su desestimación con imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

**Decimotercero.-** Por providencia de 18 de diciembre de 2012 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 5 de marzo de 2013, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 23 de febrero de 2009 , desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto -y después ampliado- por la Asociación Nacional de Compradores y Usuarios de Viviendas del Ministerio de Defensa contra dos resoluciones sucesivas, dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia los días 21 de junio de 2006 y 13 de junio de 2007, en las que había confirmado sendos acuerdos del Servicio de Defensa de la Competencia adoptados en el curso del expediente número NUM000 , incoado en virtud de una denuncia formulada por aquella Asociación contra los Colegios Notariales - y los propios notarios- por supuestas conductas contrarias a la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

A) En la resolución de 21 de junio de 2006 el Tribunal de Defensa de la Competencia (que había tramitado su expediente bajo el número 685/06) corroboró la validez del acuerdo adoptado el 27 de febrero de 2006 por la Directora General del Servicio de Defensa de la Competencia, acuerdo en el que no accedió a adoptar las medidas cautelares solicitadas por la Asociación Nacional de Usuarios y Adquirentes de Viviendas del Ministerio de Defensa en el ya citado expediente número NUM000 .

B) En la resolución de 13 de junio de 2007 el Tribunal de Defensa de la Competencia (que había tramitado su expediente bajo el número NUM001 ) corroboró asimismo la validez del acuerdo de sobreseimiento adoptado por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 11 de febrero de 2007 en el ya citado expediente número NUM000 .

Dado que en el recurso de casación no se impugna propiamente la parte de la sentencia de instancia (fundamento jurídico tercero) relativa a las medidas cautelares, no haremos ninguna alusión a ella y nos limitaremos a las cuestiones planteadas en relación con el sobreseimiento y archivo de la denuncia.

**Segundo.-** En la demanda dirigida contra la resolución de 13 de junio de 2007 la Asociación recurrente había sostenido, en síntesis, "el carácter civil de la actividad denunciada", esto es, de las enajenaciones de viviendas militares llevadas a cabo por el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, y la existencia de una conducta infractora prevista en el artículo 1.1.c) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , en concreto, el "reparto del mercado", considerando que éste último era el de "los servicios de la fe pública notarial".

Tras afirmar que estaban afectados "decenas de miles de compradores de viviendas del INVIFAS", criticaba que se hubiera sometido la elevación a escritura pública de los

contratos de compraventa al turno de reparto entre notarios (lo que suponía la "designación obligatoria por parte del Colegio Profesional") y que eran "responsables de dicha conducta tanto el citado Colegio como los profesionales que la admiten". Concluía que "no permitir la libre elección de notario e imponer un turno, coincide de manera palmaria con el reparto de mercado, en el sentido establecido en la LDC."

En la misma demanda se negaba que la conducta estuviera amparada por la excepción prevista en el artículo 2.1 de la Ley 16/1989 . A juicio de la recurrente la "inaplicación de la excepción del artículo 2 de la LDC " había sido ya sentada por el Tribunal de Defensa de la Competencia tanto en la resolución de 13 de octubre de 2005 (que anuló un primer acuerdo de sobreseimiento del expediente) como "en el fundamento de Derecho 9, Expte. NUM002 , Colegio Notarial de Madrid, de 20 de junio de 2003". Acababa esta parte de la demanda invocando la libre competencia en el ejercicio de las profesiones colegiadas y afirmando que "la única diferencia existente entre el primero y el segundo de los pronunciamientos [del Tribunal de Defensa de la Competencia] es la personación del relevante e influyente Consejo General del Notariado".

Es de destacar que, si bien en la exposición de "hechos" que contenía la demanda se incluía uno (el sexto) referido a la cláusula contractual de renuncia por el comprador al saneamiento de posibles vicios ocultos de la vivienda, sobre esta cuestión no había un correlativo fundamento jurídico. La referencia a aquella cláusula (cuya calificación como abusiva se hacía adjuntando una sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 25 de enero de 2006 ) era afirmada junto a la de otras "imposiciones" en el seno de la relación entre el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas y los adquirentes de las viviendas, como la imposibilidad de incluir en las escrituras públicas manifestaciones unilaterales de estos últimos (respecto de la condición de viviendas protegidas o respecto del impuesto de transmisiones patrimoniales). Tampoco sobre estas otras "imposiciones" se vertían consideraciones adicionales en los fundamentos jurídicos de la demanda.

**Tercero.-** La Sala de la Audiencia Nacional desestimó el recurso, en lo que concierne a esta "segunda" demanda, por las razones expuestas a lo largo de los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la sentencia impugnada, en los términos que a continuación reproducimos (excluyendo de ellos la transcripción literal de los preceptos de la Ley 26/1999):

"[...] La recurrente plantea a continuación la no conformidad a derecho del Acuerdo del TDC de fecha 13 de junio de 2007 dictado en el Expediente NUM001 ( NUM000 del Servicio de Defensa de la Competencia), iniciado como consecuencia de la denuncia de la Asociación Nacional de Usuarios y Adquirentes de Viviendas del Ministerio de Defensa hoy actora, contra el acuerdo de Sobreseimiento adoptado por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 11 de febrero de 2007.

La parte actora denunció que el INVIFAS no permite la libre elección de Notario para el otorgamiento de las escrituras de compraventa y les obliga a aceptar el turno notarial. Denuncian igualmente la imposición de no incluir manifestaciones unilaterales en las escrituras, como son su condición de vivienda de protección oficial y la consiguiente solicitud de exención del impuesto de transmisiones patrimoniales, al igual que otra cláusula relativa al saneamiento por vicios ocultos. A juicio de la actora todo lo expuesto constituye una infracción del art. 1 pfo. 1 LDC (ley 16/89 en las fechas relevantes) que no se encuentra amparada por la excepción contemplada en el art. 2 de dicha ley .

La primera cuestión que debe precisarse es que no se trata de una compraventa aislada, ni un contrato entre particulares, sino de la enajenación por el Ministerio de Defensa de 47.000 viviendas aproximadamente, como se razona en la exposición de motivos de la ley 26/1999 [...];

La ley 26/1999 regula en sus arts. 13 y ss . el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas y lo configura como 'Organismo autónomo, adscrito al Ministerio de Defensa, sometido al régimen previsto en el capítulo II del Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con las excepciones establecidas en la presente Ley respecto a su régimen patrimonial'.

Su régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de intervención y control financiero será el establecido para los Organismos autónomos en la Ley General Presupuestaria y demás disposiciones vigentes sobre estas materias. No obstante, hasta que se proceda a la modificación del Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas se regirá en las correspondientes materias por los preceptos del texto refundido de la Ley General Presupuestaria aplicables a los Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos.

La adquisición de las viviendas se llevará a cabo en las condiciones previstas por la ley, y esta establece igualmente determinadas limitaciones, entre ellas las siguientes: [...] La propia norma citada (disposición adicional segunda) establece en su párrafo final 'Los contratos de compraventa a que se refiere este apartado tendrán la naturaleza de contratos privados de la Administración.'.

Es en el marco de estas circunstancias que debe valorarse la conducta enjuiciada: esta Sala considera que no es contraria a la libre competencia ni constituye la infracción denunciada la remisión por parte de la Administración al turno notarial del otorgamiento de las escrituras correspondientes a la venta masiva de viviendas militares, porque esta remisión tiene la finalidad de asegurar que el otorgamiento de las escrituras se haga con respeto a los principios protegidos constitucionalmente de igualdad y seguridad jurídica.

En efecto, la previsión contenida en el Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, según la cual 'la condición de funcionario público del notario impide que las Administraciones Públicas o los organismos o entidades que de ellos dependan puedan elegir notario, siguiendo para ello lo dispuesto en el artículo 127 de este Reglamento' tiene la función de asegurar, entre otros fines, que no se produzcan desigualdades entre aquellos que concurren al otorgamiento de las escrituras con la Administración, y el que esta no pueda imponer el notario otorgante de la escritura correspondiente.

La lectura del artículo 127 del Reglamento Notarial permite comprobar que el recurso al turno está previsto para aquellos casos en que las 'Administraciones Públicas ostenten facultades de decisión' mientras que se ha previsto expresamente que en los supuestos en que por la cuantía de los documentos el notario pueda percibir la cantidad que se acuerde libremente por las partes, la Administración 'podrá elegir notario sin sujeción al turno, atendiendo a los principios de concurrencia y eficiencia en el uso de recursos públicos'.

En cuanto a los argumentos que en su momento utilizó el Tribunal de Defensa de la Competencia para revocar el archivo de las actuaciones, y puesto que lo que se ordenó fue continuar con la investigación de los hechos denunciados, no puede aceptarse, como pretende la parte recurrente, que dichos razonamientos configuren un pronunciamiento estimatorio de su pretensión de que se declare cometida una infracción de la ley 16/1989 de Defensa de la Competencia. En el marco de la regulación legal de aplicación, el propio TDC podría haber dictado una resolución declarando cometida la infracción, lo que no hizo, lo que pone de manifiesto que sus razonamientos se limitaban a justificar la orden de investigación de la denuncia.

De lo expuesto resulta la desestimación de este motivo de recurso.

[...] En relación con determinadas cláusulas que según alegan los recurrentes se impusieron en algunos o todos los contratos que se encuentran en el origen de este litigio, esta Sala considera que la licitud de las mismas debe ser determinada por la jurisdicción competente, que es la ordinaria, a la que según resulta de las actuaciones han acudido algunos de los interesados con distintos resultados.

La Ley de Defensa de la Competencia (16/1989), como expresamente señalaba en su Exposición de Motivos, tiene el objetivo específico de 'garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás Leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado' y en este supuesto no se aprecia que la inclusión en los contratos de las cláusulas denunciadas afecte al interés público de defensa de la competencia.

En cuanto a la condición de viviendas de protección oficial, esta circunstancia ha sido objeto de numerosas sentencias dictadas por la jurisdicción contencioso-administrativa, en las que se ha resuelto que:

1º según el apartado j) de la Adicional Segunda de la Ley 26/99: 'i) Las normas para la enajenación contenidas en este apartado serán de expresa aplicación en todo caso, excluyéndose, por tanto, cualquier otro régimen específico al que pudieran haberse acogido con anterioridad las viviendas militares y demás inmuebles'.

2º cualquiera que fuera su régimen previo -algo que ya no interesa- es claro que las únicas normas de aplicación son las contenidas en dicha Adicional y en el Real Decreto de desarrollo.

3º el Legislador en uso de su potestad y con la finalidad descrita en la exposición de Motivos de la Ley 26/99 ha optado por desprenderse de parte del patrimonio inmobiliario del Departamento Ministerial de Defensa, previa su desafectación al uso público al que estaba destinado y ha establecido un régimen jurídico de enajenación -como podría haber sido otro, igualmente irreprochable jurídicamente- específico, obligatorio y acabado que puede, o no, gustar y ser, o no, aceptado, pero que, volvemos a insistir la compra no es obligatoria.

Consiguientemente, si los usuarios de las viviendas han decidido solicitar y aceptar la oferta es porque les interesa, pues, como hemos repetido hasta la saciedad, la adquisición de la vivienda ni es una obligación ni un derecho preexistente cuyo ejercicio haya de ajustarse a unas condiciones preestablecidas. Ningún funcionario, o sus familiares, ostentan derecho estatutario de clase alguna a adquirir la vivienda que

les fue, en su día, adjudicada al amparo de la Legislación entonces vigente y actualmente derogada.

4º En la sentencia dictada por el TSJ de Madrid de quince de octubre de dos mil ocho se señala: 'Todo este patrimonio inmobiliario que se puso a la venta a raíz de la tan citada Ley 26/99 , una vez desafectado del uso público al que estaba destinado, hubo de acceder al Registro de la Propiedad en condiciones de venta - art. 246 de la Ley Hipotecaria -, procediendo la Administración a la División de Propiedad Horizontal, a la constitución de las respectivas Comunidades de Propietarios y sus Estatutos, librándose las oportunas certificaciones para su acceso al Registro de la Propiedad (sin que competa a este Orden Jurisdiccional la revisión de tales asientos), lo que lleva un tiempo, siendo el INVIFAS el que marca las prioridades de las respectivas enajenaciones y sin que las superficies contempladas por la CAM (en su consideración errónea como VPO, dado que cualquiera que hubiese sido su inicial régimen y por expreso designio del Legislador (apartado j) de la Adicional Segunda de la Ley 26/99 ), las viviendas enajenadas han perdido su condición de tales) tengan relevancia de clase alguna en orden al precio, ya que lo que se está enajenando es un 'cuerpo cierto" ( art. 1.471 C.Civil ).'

En esta sentencia se citan otras muchas dictadas por la misma Sala: nº 311, de 27 de marzo , 713, de 27 de junio y 1363 , 1364 , 1365 y 1366, de 5 de diciembre y 1455 y 1456, de 19 de diciembre , todas de 2007 y 57 , 58 y 60, de 15 y 23 de enero , 11 de junio y 9 de julio del presente año , dictadas en los Rº 813 y 2680/03 , 1298 , 1302 , 1338 , 1341 , 1362 , 1430 , 949 , 983 y 1349/04 , 1303/04 , 2680/03 , 1298/04 , 449 y 931/05 .

La propia jurisdicción contencioso-administrativa, en diversas sentencias ha examinado la cuestión relativa a la cláusula relativa a la exclusión del saneamiento por vicios ocultos, así en la sentencia de 19-XI-2008 se señala:

'Respecto de la cláusula relativa a la exclusión del saneamiento por posible vicios ocultos y que, así, en abstracto, podría considerarse abusiva en sintonía con lo dispuesto en la Adicional Primera, sobre cláusulas abusivas, apartado II, 9ª de la Ley 26/84, que prevé como tales: 'La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional.

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyen o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conformen las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias'.

Sin embargo, en opinión de esta Sala y Sección, hay un dato esencial y del que no cabe prescindir y que, a nuestro juicio, impide calificar de abusiva dicha cláusula y es que los compradores eran perfectos conocedores de los eventuales vicios que tengan las viviendas en razón de que lleva viviendo en ella un buen número de años, por lo que no puede considerarse que dicha cláusula suponga modificación de ninguna clase 'en perjuicio del consumidor'. De ahí que en el Modelo normalizado de aceptación de la oferta, firmada en su día por los actores, se dijera textualmente: b)....la expresa renuncia del comprador a la acción de saneamiento por vicios ocultos, toda vez que

éste conoce el estado y conservación de la vivienda al ser su residencia habitual...'.

Además, y en todo caso, el establecimiento de la cláusula es innecesaria ya que, en supuestos como el de autos, nunca cabrá el saneamiento por evicción pues falta el primer presupuesto para ostentar ese derecho, exigido por el art. 1484 del C. Civil : 'El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella' y tampoco cabría el ejercicio de la acción dado que ha transcurrido, con mucho exceso, el plazo de seis meses desde la entrega de la cosa vendida que establece el art. 1490 del C. Civil .

No podemos olvidar, en fin, que la referida Adicional Primera tiene un alcance general, para supuestos ordinarios de enajenaciones y aquí estamos en presencia de unas enajenaciones muy singulares, autorizadas y reguladas acabadamente por el Legislador (Ley 26/99 y Real Decreto 991/2000) con motivo de una coyuntura puntual y muy específica (Exposición de Motivos de la referida Ley), con un escenario -tanto temporal, como por el objeto y por los destinatarios de las ofertas- extraordinariamente específico, lo que obliga a una interpretación teleológica de la referida Ley 26/84 y de la Ley 26/99, R.D. 991/00 en relación con la situación efectiva de los destinatarios de las ofertas impugnadas, que, como acaba de decirse, tienen un exhaustivo del inmueble y de los defectos y reformas que pueda precisar, por lo que si no consideran adecuado el precio, o, las restantes condiciones de la enajenación a la situación real de la vivienda que ocupan, no tienen obligación alguna de aceptar la oferta.

Además, y como contrapartida -dato, también esencial, que no puede desconocerse y que explica muchas de las singularidades de estas enajenaciones- , los precios de venta de estas viviendas son muy inferiores a los reales de mercado.

Una vez adquirida la vivienda -si se decide a ello el usuario de la misma- es claro que el vendedor queda desvinculado de cualesquiera gastos y reparaciones (pretensión 2) que hayan de realizarse en la misma. Si las condiciones de aquélla son tales que el precio de venta (claramente privilegiado, volvemos a insistir) no compensa los gastos que hayan de efectuarse para su acondicionamiento ¿por qué aceptaron las ofertas?.'

A la vista de cuanto se ha expuesto, el motivo de impugnación relativo a la inclusión de determinadas cláusulas en los contratos litigiosos, debe igualmente, ser desestimado."

**Cuarto.-** Contra la sentencia que se pronuncia en estos términos ha interpuesto su recurso de casación la Asociación Nacional de Compradores y Usuarios de Viviendas del Ministerio de Defensa, que aduce al efecto cuatro motivos casacionales. En el primero de ellos, planteado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , imputa a la sentencia una supuesta "incongruencia por error [...] al adoptar razonamientos radicalmente contrarios al contenido de la norma que aplica, vulnerando lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil ".

El motivo revela un inadecuado entendimiento del vicio de incongruencia procesal, que -además de tener su obligado cauce en casación por la letra c) y no d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional - se produce cuando el tribunal o bien deja de resolver sobre alguna de las pretensiones deducidas, o bien resuelve sobre otras no planteadas en el litigio, o bien omite dar respuesta a alguna de las argumentaciones relevantes de

la demanda. Ninguno de estos defectos es imputado a la sentencia recurrida.

El vicio de incongruencia es, en efecto, ajeno al error en la interpretación de la norma sustantiva, de modo que si la parte recurrente lo que quería es censurar la sentencia porque en ella se vertían razonamientos contrarios a las normas aplicadas -lo que hará en los siguientes motivos casacionales- lo procedente era identificar singularmente estas últimas (no resulta suficiente a estos efectos la referencia genérica al artículo 3 del Código Civil ) y exponer motivadamente por qué, a su juicio, se produjo un error en la interpretación o aplicación de aquéllas. Pero todo ello, repetimos, es ajeno a la vía procesal utilizada en este primer motivo de casación.

**Quinto.-** En el segundo motivo casacional, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , se reprocha a la Sala haber vulnerado "lo establecido en el artículo 7.3 de la vigente Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas al resolver que las compraventas del INVIFAS no es [sic] una operación de mercado sino un procedimiento administrativo regulado por una ley especial".

La desestimación del motivo procede por dos razones.

A) En primer lugar, la sentencia de instancia no contiene la afirmación que la parte recurrente le atribuye. Sí figuraba en el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia objeto de impugnación (en él se decía, efectivamente, que "la enajenación de viviendas por el INVIFAS no es una operación de mercado sino un procedimiento administrativo regulado por una legislación especial, cuyo control o fiscalización no compete a los órganos de defensa de la competencia sino a los de la jurisdicción contencioso administrativa"). No cabe basar un motivo de casación, repitiendo las alegaciones del proceso de instancia, cuando lo que se atribuye a la sentencia contra la que se dirige ni siquiera figura en ella.

B) En segundo lugar, y sobre todo, la invocación del artículo 7.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas , tiene una relación sólo tangencial con las cuestiones debatidas. En él se dispone que los bienes y derechos patrimoniales (esto es, los que, siendo de titularidad de las Administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales) quedan sujetos al régimen de adquisición, administración, defensa y enajenación previsto en la propia Ley 33/2003 y en las disposiciones que la desarrollen o complementen. Y añade el precepto que "supletoriamente, se aplicarán las normas del derecho administrativo, en todas las cuestiones relativas a la competencia para adoptar los correspondientes actos y al procedimiento que ha de seguirse para ello, y las normas del Derecho privado en lo que afecte a los restantes aspectos de su régimen jurídico".

Pues bien, no ha existido en el debate procesal contradicción sobre el carácter patrimonial de las viviendas militares de cuya enajenación, al amparo de la Ley (especial) 26/1999, de 9 de julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas, se trata. La Sala de instancia no lo pone en cuestión y, además, reconoce de modo expreso que precisamente por aplicación de la Disposición adicional segunda de la Ley 26/1999 (que establece las "normas para la enajenación de viviendas militares y demás inmuebles") los correspondientes contratos de compraventa tienen la naturaleza de contratos privados de la Administración.

Este doble reconocimiento no obsta a que, como bien expresa el tribunal de instancia, la elevación a escritura pública de los referidos contratos de compraventa se someta o se deje de someter al turno notarial de reparto de documentos, cuestión sobre la que

versa el tercer motivo de casación.

**Sexto.-** En dicho tercer motivo, de nuevo al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, la Asociación Nacional de Compradores y Usuarios de Viviendas del Ministerio de Defensa reprocha a la Sala la "vulneración de lo establecido en el artículo 1.1.c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (con relación a la excepción del artículo 2.1 de la misma), al resolver que la designación por turno de notario autorizante de decenas de miles de compraventas de viviendas, no constituye conducta prohibida por estar así establecido en una norma con carácter de Ley".

El desarrollo argumental del tercer motivo se limita, sin embargo, a contrastar el contenido de las dos resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia que la recurrente juzga contradictorias y respecto de las cuales declara no "entender el cambio de criterio". En la primera de ellas (la de 13 de octubre de 2005) el Tribunal de Defensa de la Competencia revocó el sobreseimiento inicial del expediente por considerar que existían indicios de una conducta anticompetitiva y que, en consecuencia, el Servicio debía seguir investigando. En la segunda, sin embargo, la de 13 de junio de 2007, confirmó el ulterior archivo, decidido tras la práctica de las muy numerosas diligencias efectuadas por el Servicio a lo largo de la instrucción del expediente (que consta de 1557 folios).

La argumentación de este motivo se complementa con una referencia a la modificación del Reglamento Notarial efectuada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, que a juicio de la recurrente no es sino "reconocimiento de la derogación de la anterior formulación de las normas del turno de reparto notarial para las escrituras de compraventa de viviendas". Aduce asimismo el artículo 5.4.c) del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores, que incluiría el derecho a la elección de notario con la única limitación a las "ventas que se efectúen mediante subasta pública, judicial o administrativa", para concluir que "el turno notarial constituye conducta prohibida al vulnerar la libre competencia, por lo que el motivo debe ser estimado".

**Séptimo.-** El análisis del motivo ha de venir precedido de una consideración, en parte recordatorio, de lo que ya hemos expresado en sentencias anteriores (las de 2 de junio de 2009 y de 26 de abril de 2010) al desestimar los recursos de casación números 5763/2006 y 3359/2007, interpuestos por sendos Colegios Notariales contra las correlativas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que, a su vez, habían declarado la validez de otros tantos acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Admitimos en aquellas sentencias como planteamiento de base que, sin perjuicio de su carácter de funcionarios públicos, los notarios -y sus colegios profesionales- ejercen en régimen de libre concurrencia ciertas funciones de "operadores económicos", de modo que sus conductas con transcendencia económica pueden ser examinadas jurídicamente desde el punto de vista de su conformidad con las leyes reguladoras de la defensa de la competencia, a los efectos de determinar si por su naturaleza y, en su caso, por sus efectos, tienen aptitud para restringirla.

Más en concreto, y por las razones que en ellas se expusieron y resulta innecesario reiterar ahora en extenso, juzgamos entonces que unos concretos acuerdos colegiales instauradores de determinados sistemas o fondos de compensación de honorarios notariales incurrieran en la prohibición de conductas restrictivas de la competencia establecida por el artículo primero de la Ley 16/1989, vigente cuando se adoptaron.

Aceptábamos de este modo, y en síntesis, la tesis mantenida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y corroborada por la Sala de la Audiencia Nacional, esto es, la de que aquellos mecanismos o fondos compensatorios tenían de suyo un efecto contrario a la competencia entre los propios notarios pues desincentivaban el interés por competir o rivalizar, mediante el esfuerzo añadido de unos, en la calidad del servicio (y en algunos de los "precios" que por él cobran), de cuyos honorarios se benefician por la vía compensatoria otros profesionales. Y en esta misma medida, aquellos mecanismos distorsionaban la facultad de negociar con los clientes y fijar los citados "precios" (en los supuestos y con los límites en que está permitido, bien sea por la vía de los descuentos, bien de modo absoluto para operaciones de elevada cuantía), viniendo a constituir un peculiar sistema de reparto de "rentas" entre competidores, adoptado mediante un acuerdo colectivo que ellos mismos establecen.

Hay que significar, en todo caso, que las conductas colegiales restrictivas de la competencia que fueron enjuiciadas en aquellos expedientes no tenían acogida ni respaldo en la Disposición Adicional décima de la Ley 33/1987, pues los mecanismos compensatorios objeto de litigio se aplicaban a determinadas operaciones crediticias fuera del ámbito subjetivo de aplicación de aquella.

**Octavo.-** Aun cuando este enfoque más "profesional" o "privado" de la actividad notarial puede suscitar ciertas reticencias y ciertamente presenta algunas dificultades para ponerlo en plena sintonía con la naturaleza de las funciones que la Ley les asigna (razón por la cual quienes las ejercen mantienen su carácter de funcionarios públicos), es el que deriva de la aplicación de las sucesivas reformas que en el régimen jurídico de los notarios se han venido sucediendo en España durante los últimos años.

El sometimiento de la actuación de los notarios a la libre competencia, y no sólo en cuanto a su calidad sino también en cuanto a la remuneración de sus servicios, está en la base de medidas legislativas específicas como fueron las adoptadas respecto de los aranceles de los corredores de comercio (aplicables a las pólizas) por el artículo 2.3 del Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia, y para los instrumentos públicos de cuantía superior a mil millones de pesetas -así como respecto de los descuentos sobre el arancel para el resto, hasta un cierto porcentaje- por el artículo 35 del Real Decreto-ley 6/2000, de 24 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios. La finalidad confesada de este último era introducir, mediante el Título III del propio Real Decreto-ley, relativo a la fe pública, "[...] un principio de competencia en esta actividad, al posibilitar la aplicación de descuentos en los aranceles de los Notarios".

Esta misma concepción de la actividad notarial ha influido en la reforma del Reglamento de la organización y régimen del Notariado (aprobado por el Decreto de 2 de junio de 1944) que llevó a cabo el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, cuyo preámbulo se refiere precisamente, y de modo expreso, al "ejercicio de la función pública notarial en libre concurrencia" y que en otros preceptos alude asimismo a la "adecuada concurrencia" (artículo 126), al "principio de concurrencia" (artículo 127), a la "libre concurrencia" (artículo 134) y a la "concurrencia leal" (artículos 314 y 327) entre notarios.

En fin, el planteamiento de base al que nos referimos puede considerarse coherente con la afirmación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al reconocer que las funciones notariales examinadas en las sentencias que dictó el 24 de mayo de 2011 (asuntos C47/08, C50/08, C51/08, C53/08, C54/08 y C61/08) no están, en sí mismas,

directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público, en el sentido del artículo 45 del Tratado CE (en la actualidad, de su correlativo en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). El análisis que el Tribunal de Justicia hizo de las funciones notariales tal como resultan de las normas que las regulan en Bélgica, Francia, Luxemburgo, Austria, Alemania y Grecia (similares, en términos generales, a las que rigen en España) le llevó a concluir que no implicaban el "ejercicio del poder público", siempre a los efectos del Tratado CE, actual Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

Y aunque el debate procesal zanjado en aquellas sentencias lo era a los efectos de verificar la conformidad con el Tratado de los requisitos de nacionalidad para el acceso a la profesión de notario, su razón de decidir tiene implicaciones más allá de este solo efecto, en la medida en que presupone una cierta aplicación -sin duda sujeta a matices- de las reglas del mercado interior a las actividades notariales, lo que habrá de ser desarrollado con las necesarias cautelas que ahora no es del caso subrayar.

Si dichas actividades notariales -y entre ellas se incluían, junto a otras, la formalización, con las solemnidades exigidas, de documentos autenticados, sobre los cuales los notarios de los respectivos países emitían además un juicio de legalidad, dotándolos de valor probatorio y de fuerza ejecutiva- si dichas actividades, decimos, no participan, en la interpretación del Tribunal de Justicia, del ejercicio de la autoridad pública, este criterio fortalece la línea "pro-concurrencia" que, como ya hemos expuesto, ha inspirado algunas de las últimas decisiones legislativas y reglamentarias españolas sobre el estatuto notarial. Y no está de más subrayar que el Tribunal de Justicia ha afirmado en sus sentencias de 24 de mayo de 2011 que el desempeño de la profesión de notario "en condiciones de competencia [...] no es propio del ejercicio del poder público".

**Noveno.-** Ligado con la competencia o concurrencia interna se encuentra precisamente el principio de la libertad de elección de notario por quienes requieren sus servicios. Libre elección que está, además, vinculada a uno de los caracteres más relevantes de la función notarial cual es el asesoramiento al otorgante del acto o negocio jurídico, quien es lógico que pueda designar, de entre varios, al notario que mayor confianza le merezca.

Sin necesidad de exponer en este momento la evolución histórica que al respecto ha experimentado la normativa reguladora del Notariado (según se inspirase en criterios más próximos o más alejados a las concepciones "funcionarista" y "profesionalista" respectivamente), lo cierto es que la libertad de elección figura ya expresamente reconocida en el artículo 3 del Reglamento Notarial de 1944. La reforma de este último llevada a cabo por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, no hizo sino avanzar en la línea más favorable al principio, adoptando las "medidas imprescindibles para reforzar el régimen de libre elección del notario" (preámbulo del Real Decreto).

La concreción normativa del tan repetido principio se plasma ahora, desde la reforma del año 2007, en unos términos comunes a sus artículos 3 y 126, a resultas de los cuales todo aquel que solicite el ejercicio de la función pública notarial tiene derecho a elegir al notario que se la preste, sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico. El artículo 126 añade que el derecho se constituye "[...] en elemento esencial de una adecuada concurrencia entre aquéllos [los notarios]".

Antes y después, sin embargo, de la reforma del Reglamento Notarial de 2007 (que, ya lo adelantamos, no es la aplicable *ratione temporis* al supuesto de autos) el derecho

de libre elección estaba y está sujeto a ciertos límites. Como destacamos en nuestra sentencia de 7 abril 1997, al resolver el recurso número 523/1993 referido a la situación normativa previa al año 2007, aquel principio "[...] que se configura como derecho de los particulares o ciudadanos, y al que el informe de la Junta de Decanos [de los colegios notariales] califica como consustancial con la naturaleza de nuestro sistema notarial y forma parte de su modo de ser, no está concebido en términos tan absolutos que no admita excepciones o modulaciones, pues ya el propio art. 3.º del Reglamento, en que se contiene, deja a salvo los actos o contratos en que intervengan Entes públicos en cuanto sometidos, según el art. 126 de la norma, al llamado turno de reparto [...]".

Es en este punto donde entra el juego el "turno de documentos". Con mayor amplitud antes de la reforma de 2007, se mantiene en ésta, de modo que el contenido de la Sección 2ª del Capítulo II del Título III del "nuevo" Reglamento Notarial regula aquel turno como "limitación" al derecho de elegir. En sintonía con la regla general de su artículo 3, a tenor de la cual "la condición de funcionario público del notario impide que las Administraciones Públicas o los organismos o entidades que de ellos dependan puedan elegir notario, rigiendo para ellos lo dispuesto en el artículo 127 de este Reglamento", este último y el artículo 128 contienen los preceptos aplicables a los documentos que han de ser turnados.

Frente a la afirmación incondicionada y general que expresa la recurrente ("el turno notarial constituye conducta prohibida al vulnerar la libre competencia") no consideramos que someter a un turno de reparto entre notarios determinados documentos, escrituras y actas, infrinja necesariamente y de suyo la Ley 16/1989, ni que ésta haya derogado sin más los preceptos del Reglamento Notarial que regulan el turno. Subsisten razones legítimas para que los documentos notariales relativos bien a actos unilaterales de las Administraciones públicas -esto es, supuestos en que no hay propiamente particulares con derecho a la elección- bien a actos derivados de ciertas decisiones judiciales o administrativas (artículo 128 del actual Reglamento) se puedan sujetar a un turno objetivo de reparto entre notarios.

Y aun cuando tales razones no concurren con análoga intensidad en el otorgamiento de otras escrituras y demás documentos notariales por el mero hecho de que una de las partes en los respectivos actos o negocios sea la Administración Pública (o los organismos de ella dependientes), tampoco en estos supuestos resulta necesariamente contrario a la Ley 16/1989 que se prive a aquella Administración del derecho, reconocido a los particulares, de elegir fedatario público. Habría que analizar, caso por caso, las disposiciones singulares y los perfiles de cada limitación.

En fin, aun cuando contribuiría a clarificar la situación normativa el hecho de que fuese una Ley, y no ya un reglamento, la norma que regulase la institución del turno de documentos notariales, al menos en sus rasgos generales, no puede olvidarse que la existencia de éste quedó reconocida -es verdad que de un modo indirecto- por la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales para 1988, a la que antes aludimos. Si su Disposición adicional décima excluía únicamente a ciertas entidades hasta entonces a él sujetas (el Instituto de Crédito Oficial, las Entidades Oficiales de Crédito, la Caja Postal de Ahorros y las Cajas de Ahorros) del turno de fedatarios públicos, implícitamente mantenía que para el resto de entidades vinculadas con la Administración seguían siendo aplicables las normas reguladoras del turno de reparto, al que dotaba de este modo ( *inclusio unius, exclusio alterius* ) de cierto respaldo legal.

**Décimo.-** Es cierto, no obstante, que antes de la reforma del Reglamento Notarial llevada a cabo por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, la exclusión generalizada del derecho a la libre elección del notario en las enajenaciones de viviendas en las que la Administración fuese vendedora suscitaba reparos que, dada la conexión entre aquel principio y el de la libre concurrencia entre notarios, podían ser evaluados desde la perspectiva de la Ley 16/1989. No otra cosa, en definitiva, vino a decir la "primera" de las dos resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia a las que se refiere la asociación demandante (la que rechazó el sobreseimiento inicial del expediente sancionador)..

Lo cierto es que aquellos reparos fueron superados, en virtud de la reforma del año 2007, por la nueva redacción del artículo 127 del Reglamento que restringió una vez más los documentos sujetos a turno de reparto y amplió, en esa misma medida, el espacio de la libre elección. En concreto, al margen de la prevención para los documentos en que, por su cuantía, estaba ya permitido con carácter general que el notario percibiera la cantidad acordada con las partes (prevención extendida a las Administraciones Públicas y a sus entes subordinados), la libertad de elegir notario sin sujeción al turno se reconoció "cuando el adquirente fuere un particular", permitiéndole solicitar del Colegio Notarial la intervención de un notario de su libre elección

Aunque el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de junio de 2007, al desestimar el recurso de reposición frente al de 11 de enero del mismo año, no se refiere a la reforma del Reglamento Notarial (en coherencia con el hecho de que confirma actos y archiva un expediente tramitado bajo la vigencia de la norma reglamentaria anterior) sí lo hace la Sala en la sentencia ahora impugnada.

Son dos las consideraciones básicas que nos llevan a estimar procedente el archivo y sobreseimiento final del expediente sancionador, cuya validez corroboró el tribunal de instancia.

A) En primer lugar, una cuestión de hecho que sin duda era relevante. A tenor de la "primera" resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia cuando revocó el archivo inicial, el Servicio debía analizar "si todos o algunos compradores de viviendas del INVIFAS resultan obligados a elevar a públicos sus contratos con un determinado notario y si tal práctica se impone por todos o algunos Colegios Notariales". Pues bien, la conclusión del Servicio fue tajante en el sentido de que "no ha quedado acreditado que habiendo solicitado un usuario cambio de notario algún Colegio Notarial lo haya denegado, ni que se esté tramitando o haya sido tramitada ninguna queja al respecto".

Con esta afirmación, hecha tras recabar los oportunos informes de los Colegios notariales, daba cuenta de que se había aplicado la normativa entonces vigente (la anterior al año 2007) en materia de turno de reparto sin que constase que "ningún adquirente haya solicitado la designación de un notario concreto para la firma de la escritura, ni que se haya formulado ninguna reclamación a posteriori". El Servicio concluía que "en general, los Colegios Notariales han aplicado el turno sin denegar, no obstante, la posibilidad de elegir notario en los casos en que así se hubiera solicitado" y que "no ha quedado acreditado que se haya obligado a los compradores de viviendas del INVIFAS a elevar a públicos sus contratos con un determinado notario, primero de los puntos que el TDC había ordenado investigar al Servicio en su Resolución r 660/2005".

Si ello era así, desde el punto de vista fáctico, la aseveración que estaba en la base

de la denuncia, esto es, que los compradores habían sido, contra su voluntad, privados del derecho a elegir notario, quedaba ciertamente relativizada.

B) Ya en términos estrictamente jurídicos, incluso si fuera discutible en este caso la cobertura de juridicidad (o, más propiamente, de la exclusión de cualquier hipotética antijuridicidad) que ofrecía el artículo 2 de la Ley 16/1989 al referirse a las "conductas autorizadas por Ley", lo cierto es que los colegios notariales y los propios notarios, al cumplir las normas en materia de turno de documentos vigentes en aquellas fechas, y aplicarlas a las operaciones objeto de litigio, no hacían sino sujetarse a las disposiciones reglamentarias vigentes que establecían cuándo las Administraciones Públicas o los organismos de ella dependientes (era el caso del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas) debían acudir a dicho turno de reparto.

Su actuación reglada en este punto estaba, además, amparada por el criterio de su superior jerárquico (el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado) que compelió a los notarios, y a sus colegios, a respetar aquellas disposiciones cuya contravención, les advertía, podía tener incluso consecuencias disciplinarias. El propio Ministerio de Justicia, bajo cuya dependencia estaban en su condición de funcionarios públicos, les exigía "abstenerse de autorizar escrituras que estando comprendidas claramente entre las de reparto, no les hayan sido turnadas por las Juntas Directivas de los Colegios Notariales o Delegados de las mismas encargados de la llevanza del turno" (folio 81 del expediente administrativo).

Quiérese decir, pues, que en cuanto a los elementos necesarios para apreciar la comisión del ilícito y obtener de ello consecuencias sancionadoras (que era la pretensión inherente a la denuncia) la actuación objeto del expediente no sólo gozaba de amparo normativo, aunque fuese reglamentario, sino que respondía al cumplimiento de una obligación impuesta específica, singular y directamente a los notarios y a sus colegios por el Ministerio de Justicia, superior jerárquico de aquéllos en virtud de su estatuto funcional, tras recordarles su carácter reglado y obligado y advertirles de las consecuencias sancionadoras en caso de contravención. En tales condiciones es claro que la propia Administración estatal (de la que el Tribunal de Defensa de la Competencia pese a todo, no se olvide, forma parte) difícilmente podría imponerles sanciones, como en definitiva aquél concluyó.

Y aunque en abstracto la exclusión de la sanción no tenga por qué extenderse de modo necesario a la intimación al cese de las conductas (ésta podría acordarse aun cuando, por razones atinentes a la culpabilidad, entre otras, no se imponga sanción alguna), en el caso de autos el reconocimiento del derecho a elegir notario a los compradores de viviendas que establecía el artículo 127 del Reglamento Notarial en su redacción de 19 de enero de 2007, antes de que se dictase la resolución final confirmatoria del archivo del expediente, ya satisfacía la pretensión de la entidad recurrente en los términos que han quedado expuestos.

En fin, la invocación de la normativa general sobre consumidores y usuarios no es pertinente cuando se trataba de una operación de venta que, aun sujeta al derecho privado, obedecía a una disposición legal reguladora de la enajenación de viviendas militares a personas que, precisamente por su condición de miembros de las Fuerzas Armadas (o familiares de éstos), podían resultar compradores en cuanto beneficiarios exclusivos de los inmuebles que venían utilizando. Como ulteriormente exponemos, no se trataba de una "operación de mercado" que, abierta a cualquier "consumidor o usuario" debiera someterse a las reglas generales en esta materia.

**Undécimo.** - En el cuarto y último motivo de casación, también al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, la Asociación Nacional de Compradores y Usuarios de Viviendas del Ministerio de Defensa reprocha a la Sala de instancia haber vulnerado "los artículos 1.1.a) y 6.2.a de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (con relación al 1485 del Código Civil), al resolver que la imposición de la renuncia al saneamiento por vicios ocultos, como condición para la venta, no constituye conducta prohibida".

El desarrollo argumental del motivo se centra en el supuesto carácter abusivo de la cláusula, a cuyo efecto cita una recomendación hecha por el Defensor del Pueblo, reitera la invocación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 25 de enero de 2006 y transcribe el contenido de la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Novena) de 7 de julio de 2009, que asimismo considera abusiva la cláusula "en la medida en que supone una estipulación en perjuicio del consumidor-comprador, pues disminuye el régimen general de protección del comprador por vicios ocultos de la cosa vendida".

A partir de estas premisas, y tras referirse de nuevo a la "primera" resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia contraria al archivo de la denuncia, la parte recurrente se limita a afirmar que el razonamiento de la Sala de instancia sobre el conocimiento de los compradores, en cuanto usuarios de las viviendas, de los vicios que éstas tuvieran es "incongruente y ausente de fundamento". Dicho lo cual, concluye sin más que "el abuso de la posición dominante del INVIFAS es manifiesto".

**Duodécimo.**- Paradójica y significativamente, la exposición del cuarto motivo no contiene ninguna referencia, ni siquiera crítica, a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Octava) de 19 de noviembre de 2008, sentencia que sirve de base -y por ello es transcrita- a la de instancia para concluir, en la ahora impugnada, que no se trataba de una cláusula abusiva.

Dicha sentencia de 19 de noviembre de 2008 -cuya doctrina se ha mantenido en otras ulteriores- era contraria a las pretensiones deducidas en el recurso 19/2005 por la Asociación Nacional de Compradores y Usuarios de Viviendas del Ministerio de Defensa contra las resoluciones del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas que fijaban el precio final y las condiciones de venta de las viviendas. Y en ella -obviamente conocida por la recurrente, parte en aquel litigio- se llegaba a una conclusión contraria al carácter ilícito de la cláusula de renuncia.

La Sala (Sección Octava) de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en efecto, tras afirmar que la cláusula en "abstracto podría considerarse abusiva", exponía después, en los términos que han quedado transcritos de la sentencia de 19 de noviembre de 2008 y hace suyos la ahora impugnada, por qué, dadas las circunstancias muy singulares que concurrían en estas ventas de viviendas militares y en sus compradores, en realidad no existía el abuso denunciado, tratándose más bien de una contrapartida equilibrada a las condiciones muy favorables (de "privilegiadas" las califica) en que se ofrecían las viviendas a sus usuarios, entre ellas que el precio sería el cincuenta por ciento de su valor de mercado.

Pues bien, la Asociación recurrente, como bien destaca el Abogado del Estado, no llega a oponer en este recurso de casación argumentos críticos específicamente dirigidos a demostrar el error de la Sala de instancia en la aplicación de las normas que

permiten calificar de abusiva una determinada cláusula contractual, dentro de los contratos tan singulares que eran objeto de debate. O, por expresarlo con mayor precisión, no llega a exponer argumentos de peso en contra de la tesis de la Sala según la cual la abstracta ilicitud de aquella cláusula de renuncia quedaba desvirtuada, en este caso concreto, dado el tenor de otras determinaciones de los contratos de venta de las viviendas militares, extremadamente favorables para sus compradores.

La Asociación Nacional de Compradores y Usuarios de Viviendas del Ministerio de Defensa, como ya hemos avanzado, se limita a transcribir en apoyo de su tesis parte de los tres documentos que ya alegó en la demanda (a saber, el informe del Defensor del Pueblo, una sentencia del orden jurisdiccional civil y el acuerdo "inicial" del Tribunal de Defensa de la Competencia) para añadir a ellos la cita de la sentencia ya referida, de 7 de julio de 2009, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, favorable a la declaración de ilicitud de la cláusula. Sentencia que, por lo demás, tampoco contiene referencia alguna a la previamente dictada en sentido contrario por el mismo Tribunal (cierto que por otra de sus Secciones) el 19 de noviembre de 2008.

A partir de estas premisas, el último motivo de casación no puede ser acogido, por dos razones. La primera es que replantea el debate en casación como si fuera el de instancia, sin someter a la debida crítica los argumentos que contiene -en este caso por remisión al texto de otra- la sentencia de instancia. En realidad el único de ellos que merece atención específica de la recurrente es el relativo al previo conocimiento, por parte de los compradores-usuarios, de los eventuales vicios de las viviendas que ya ocupaban. Pero, insistimos, la Asociación recurrente deja de rebatir el resto de los fundamentos jurídicos contrarios a declarar el carácter abusivo de la cláusula de renuncia en estos contratos singulares.

La segunda, y aun más decisiva, razón para desestimar este motivo es que incluso si fuera posible aceptar la ilicitud de cláusula de renuncia (lo que decimos sólo a efectos dialécticos, pues consideramos acertada la tesis de la sentencia impugnada en este extremo) no por ello de modo automático habría que apreciar la comisión de una conducta anticompetitiva por parte del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, cuya hipotética posición de dominio en el mercado inmobiliario español ni siquiera es aducida. Al margen de que, como bien subraya el Consejo General del Notariado, tanto los colegios notariales como los propios notarios frente a quienes iba dirigida la denuncia ante el Tribunal de Defensa de la Competencia obviamente no habrían incurrido en abuso de posición de dominio -que la propia recurrente ahora atribuye tan sólo al Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas- lo cierto es que ni siquiera en aquella hipótesis concurrirían las circunstancias para apreciar la infracción del artículo 6.2.a) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

La Asociación recurrente no llega a identificar cuál sería el "mercado" relevante, geográfico y de producto, en el que se habría producido la "explotación abusiva por una o varias empresas" de su posición de dominio en todo o en parte del "mercado nacional", a los efectos del ya citado artículo 6 de la Ley 16/1989. Y es que, en realidad, la enajenación de una buena parte del parque de viviendas militares que propiciaba la Disposición adicional segunda de la Ley 26/1999 era una operación "fuera de mercado", como bien apreció el Tribunal de Defensa de la Competencia, por mucho que los contratos de venta tuviesen la naturaleza de contratos privados.

Es más, como esta Sala ha afirmado de modo constante, el tratamiento de las cuestiones concernientes al uso y disfrute de las viviendas militares, a las que deben asimilarse las relativas a su compraventa, es el propio de las asignadas por la

Administración a los funcionarios y empleados públicos en atención a esta condición, "[...] tanto si la pretensión se ejercita por el propio funcionario, como si se trata de un familiar o conviviente -lo mismo cuando quien ocupa la vivienda es alguna de las personas a las que se refiere la disposición adicional segunda de la Ley 26/1999, de 9 de julio, de Medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas-, toda vez que la relación funcional es la determinante del derecho -en este caso- a la compra-venta de las viviendas objeto de enajenación (en este sentido, Autos de esta Sala de 21 de febrero de 2005 -recurso de queja nº 195/2004 -, 27 de octubre de 2005 -recurso de casación nº 5315/2003 - y de 9 de junio de 2008 -recurso de queja nº 846/2007 -)".

Decíamos en aquellas resoluciones que "la disposición adicional segunda de la citada Ley 26/1999, de 9 de julio , establece tres sistemas para la enajenación de viviendas militares: la enajenación directa al titular del contrato de las viviendas ocupadas - contrato de uso de dichas viviendas otorgado bien por su condición de militar, bien por estar en alguno de los otros supuestos a los que se refiere la norma a) de la disposición adicional citada-; la enajenación mediante concurso entre personal al servicio del Ministerio de la Defensa de las viviendas desocupadas; y la enajenación por subasta pública de las viviendas no ocupadas que no se adjudiquen por los procedimientos anteriores. Siendo la relación funcional en los dos primeros supuestos la determinante para el nacimiento del derecho a la posibilidad de adjudicación de las viviendas".

Pues bien, en el presente caso (y en la denuncia presentada) la Asociación recurrente actuaba, como en aquellos litigios, en representación de unos asociados cuyo interés les viene dado por ocupar la vivienda objeto de enajenación, ocupación que se produce, según ya ha quedado dicho, bien por ser titulares de un contrato de uso de dichas viviendas otorgado por su condición de militares, bien por estar en alguno de los otros supuestos a los que se refiere la Disposición adicional segunda de la Ley 26/1999 , en los cuales la relación funcional fue determinante para el nacimiento original del derecho.

Siendo así las cosas, las viviendas militares declaradas enajenables en cuyos contratos de venta se incluía la cláusula de renuncia no salían "al mercado" sino todo lo contrario, eran excluidas de él y ofrecidas a los usuarios que las estuviesen ocupando en su calidad de titulares de los contratos de uso o familiares de éstos, y precisamente por su condición funcional originaria. Ninguna otra persona podía "competir" por ellas y el precio se fijaba en términos objetivos (el cincuenta por ciento de lo que valdría el inmueble en el mercado), no por el juego de la libre competencia mediante ofertas y contraofertas.

Cualquiera que fuese, pues, la conclusión final sobre el carácter ilícito de la cláusula de renuncia, el debate no debió trascender más allá de las divergencias entre el Instituto vendedor y los voluntarios compradores, que podían adquirirlas en virtud de sus vínculos funcionariales o derivados de éstos, sin que dichos compradores, beneficiarios de una favorable promoción inmobiliaria pública auspiciada en su favor por un Organismo autónomo de la Administración y destinada sólo a ellos, y no al resto del "mercado", pudieran invocar el supuesto "abuso de posición de dominio en el mercado" que tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Sala de instancia acertadamente rechazaron.

**Decimotercero.-** Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme

prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional . A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de tres mil euros la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a cada una de las partes contrarias.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## **FALLAMOS**

**Primero.-** Desestimar el recurso de casación 4111/2009 interpuesto por la Asociación Nacional de Compradores y Usuarios de Viviendas del Ministerio de Defensa contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 23 de febrero de 2009 en el recurso número 278 de 2006

**Segundo.-** Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.