

RESOLUCIÓN (Expt. r 685/2006 v, Viviendas Ministerio de Defensa 5)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Antonio Del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández- Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal

En Madrid, a 21 de junio de 2006

EL PLENO del Tribunal de Defensa de la Competencia con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Excmo. Señor Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente r 685/06v (2597/05 del Servicio de Defensa de la Competencia), iniciado como consecuencia de la denuncia de Don J. L. L., en nombre propio y en representación de Don S. C. M. y de la Asociación Nacional de Usuarios y Adquirentes de Viviendas del Ministerio de Defensa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 14 de Enero del 2005 tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia escrito por el que Don J. L. L., en nombre propio y en representación de Don S. C. M. y de la Asociación Nacional de Usuarios y Adquirentes de Viviendas del Ministerio de Defensa, formulaba denuncia contra los Colegios Notariales, por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la elección por los Colegios Notariales del profesional que debía autorizar cada una de las escrituras públicas de compraventa de las viviendas del Ministerio de Defensa, que está enajenando en toda España el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas (INVIFAS) teniendo el particular la obligación del pago de sus honorarios.

En escrito aparte, de fecha 9 de Mayo del 2005, el denunciante solicitaba “sea acordada la medida cautelar de requerir a los Colegios Profesionales de Notarios de España, a través de su organización nacional,

para que cesen en la conducta prohibida hasta tanto se produce la resolución firme sobre la denuncia”.

Por Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de fecha 31 de Mayo del 2005, se decretó el Archivo de las actuaciones que tuvieron como origen la denuncia presentada por Don J. L. L.

En escrito de alegaciones de fecha 12 de Agosto del 2005 dirigido a este Tribunal de Defensa de la Competencia, Don J. L. L. reitera la medida cautelar anteriormente solicitada, que vuelve nuevamente a solicitar el 24 de Septiembre mediante escrito dirigido al Servicio de Defensa de la Competencia. El día 29 de Septiembre el Servicio de Defensa de la Competencia lo remite a este Tribunal, donde se tramita el recurso contra el acuerdo de archivo, ante el que nuevamente el recurrente-denunciante vuelve a reiterar su petición, mediante escrito de 4 de Octubre del 2005.

Este Tribunal de Defensa de la Competencia el día 13 de Octubre del 2005 dicta Resolución en la que se dispone que “....considera necesario estimar el recurso interpuesto....por lo que el Servicio de Defensa de la Competencia deberá abrir expediente en el que deberán verificarse las actuaciones pertinentes que permitan concluir 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...”.

El día 26 de Octubre del 2005 Don J. L. L. vuelve a reiterar la solicitud de la medida cautelar ante el Servicio de Defensa de la Competencia, “para que inste del Tribunal que acuerde la cesación cautelar de la conducta denunciada”.

El día 18 de Noviembre del 2005 tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia escrito de recurso interpuesto por el denunciante contra la no adopción de la medida cautelar solicitada, que informó a este Tribunal el día 21 de Noviembre del 2005.

Con fecha 25 de Noviembre del 2005, el Servicio de Defensa de la Competencia acordó admitir a trámite la denuncia y la apertura e incoación de un expediente sancionador, en el que ponía de manifiesto lo siguiente : “respecto a las medidas cautelares solicitadas por el recurrente en sus escritos de fechas antes mencionadas, el Servicio entiende que por el momento no dispone de los argumentos necesarios que permitan determinar si procede o no proponer al Tribunal de Defensa de la Competencia la adopción de las mismas, de acuerdo con el Artículo 45 de la Ley de Defensa de la Competencia. Ello sin perjuicio de que más adelante, una vez iniciadas

las actuaciones indicadas por el propio Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución y en caso de estimarlo oportuno, el Servicio proceda a hacerlo”.

En escrito recibido en el Servicio de Defensa de la Competencia el día 10 de Febrero del 2006, Don J. L. L. vuelve a reiterar la solicitud de la medida cautelar que ha venido solicitando en todos los escritos antes relacionados, medida que consistía en “requerir al INVIFAS para que en lo sucesivo se abstenga de solicitar la designación por turno del notario autorizante de las escrituras de compraventa de viviendas que realice, permitiendo previamente al comprador elegir el que más le conviene en cada Plaza”.

El día 27 de Febrero del 2006, se dicta Providencia por la Directora General del Servicio de Defensa de la Competencia, en la que se acuerda “no estar justificada la adopción de la medida cautelar propuesta.”

SEGUNDO.- Don J. L. L. recurre la Providencia en escrito que tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia el día 16 de Marzo del 2006, que posteriormente ha sido en varios momentos ampliado en los escritos presentados por el recurrente, que cuenta con la oposición del Servicio de Defensa de la Competencia “por cuanto han sido presentados fuera de plazo” de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 47 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.

El día 26 de Abril del 2006, este Tribunal de Defensa de la Competencia dicta Providencia en la que acuerda: designar Ponente; admitirlo a trámite bajo el número r 685/06v; y de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 48.3 de la Ley de Defensa de la Competencia ponerlo de manifiesto a los interesados a fin de que durante un plazo de quince días hábiles formulen cuantas alegaciones y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

TERCERO.- El PLENO del Tribunal de Defensa de la Competencia deliberó y falló este recurso en su sesión del día 14 de Junio del 2006.

CUARTO.- Son partes interesadas: Don J. L. L., Don S. C. M. y la Asociación Nacional de Compradores y Usuarios de Viviendas del Ministerio de Defensa; y el Consejo General del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Previo al pronunciamiento a adoptar, se hace necesario conocer y valorar cuál es la cuestión controvertida (principal o causal antecedente,

para determinar sus efectos derivados u obligado consiguiente) que no es otra que: a) una controversia entre los denunciantes y el INVIFAS en orden al concepto y naturaleza del negocio jurídico con causa en las viviendas que este Organismo enajena; y b) y como consecuencia de la contestación al mismo, abordar el instrumento notarial que las solemniza (escritura de compraventa).

En orden al primero de los puntos controvertidos, la cuestión se centra en la calificación jurídica (negocio jurídico) que debe darse a las viviendas que el INVIFAS viene enajenando como consecuencia de la aplicación de la Ley 26/1999 de 9 de Julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas y su desarrollo por Real Decreto 91/2000 de 2 de Junio.

La Disposición Adicional Segunda de la Ley 26/1999 dispone que *dadas las ventajosas condiciones previstas en esta Ley, para que los usuarios de viviendas de las Fuerzas Armadas puedan acceder a la propiedad de las mismas, éstas no tienen la condición de vivienda de protección oficial (VPO).*

Y en la letra b) apartado 1 concreta y explicita que *el precio de venta de los inmuebles tomará como valor el real de mercado en el momento de su ofrecimiento, al que se aplicará una deducción de un cincuenta por ciento.*

Y termina concluyendo en su letra i) que *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.*

Esta controversia ha sido zanjada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de forma unánime, constante y reiterada, debiendo citarse, a modo de ejemplo y sin ánimo de agotarlo, las siguientes:

- Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo: sentencias de 26 de enero (tres sentencias); 16 de marzo (dos sentencias); 19 de marzo (tres sentencias); 11 de abril (dos sentencias); 29 de abril y 16 de junio de 2005.
- Sentencia de 9 de marzo de 2005, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 8 de Madrid,
- Por último, sentencia de 7 de abril de 2005 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

En todas ellas “se niega el carácter de viviendas de protección oficial (VPO) a las que enajena el INVIFAS”.

Sentado lo anterior, procede examinar el efecto consecuente (instrumento notarial) partiendo del hecho indubitado de no estar sujetas las viviendas enajenadas a la normativa propia de las viviendas de protección oficial, así como la de ser el INVIFAS un organismo público, por lo que toda solemnización notarial viene impelida y sujeta a las normas legales que rigen su funcionamiento desde la ya lejana Ley de 28 de Mayo de 1862, cuando proclama en su Artículo 1 que *“el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las Leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”*.

En el Artículo 3 del Reglamento Notarial se dispone que *“todos los actos y contratos en que intervenga el Estado, la Provincial, el Municipio y los establecimientos de cualquier clase que de ellos dependan, se turnarán entre los Notarios residentes en el lugar en que deban ser formalizados”*.

Y en el Artículo 126 del Reglamento Notarial se dispone que *“de acuerdo con el precepto del Artículo 3, cuando en una población hubiese dos o más notarios serán turnados entre ellos los documentos en que intervengan directamente o representados, o los contratos por los que adquieran derechos y obligaciones el Estado, la Provincia...”*

El Real Decreto 515/1989 deja clara la voluntad del legislador a favor de la libre elección de Notario por los consumidores, acotando estrictamente aquellos supuestos en los que no se establece este derecho. No figurando entre ellos el que se plantea en los hechos denunciados.

SEGUNDO.- En este orden administrativo, gozan de indubitada fehaciencia como hechos probados los siguientes:

1º Recurso 674/2005 Viviendas Ministerio de Defensa 2. El pasado día 13 de Octubre del 2005, este Tribunal de Defensa de la Competencia dictaba Auto poniendo fin al recurso interpuesto por Don J. L. L., en su propio nombre y como representante de Don S. C. M. y de la Asociación Nacional de Usuarios y Adquirentes de Viviendas del Ministerio de Defensa “contra una supuesta negativa tácita del Servicio de Defensa de la Competencia a incoar procedimiento, así como a adoptar determinadas medidas cautelares solicitadas por los recurrentes”.

En el tercero de nuestros Fundamentos Jurídicos se disponía que “el recurso incurre en causa de inadmisión, al no cumplir con ninguno de los

requisitos materiales que el Artículo 47 exige para su admisibilidad, en cuanto no ha sido interpuesto contra ninguno de los actos del Servicio que en el mismo se mencionan”.

“...El recurso carece manifiestamente de fundamento legal, ya que no se interpone contra ningún acto expreso y ni siquiera contra un acto presunto, pues el Servicio ha iniciado de forma inmediata las actuaciones que considera necesarias para incoar al expediente y dar cumplimiento a la Resolución de este Tribunal de 13 de Octubre pasado.....”

“De la misma manera, la falta de inmediata respuesta a la solicitud de medidas cautelares formulada por los denunciados no puede constituir una conducta impugnable, siendo así que las medidas cautelares sólo pueden acordarse en el curso de un procedimiento ya iniciado y, por lo tanto, la respuesta a dicha solicitud deberá producirse una vez que se lleva a cabo la incoación del expediente, en cuyo momento será objeto de la valoración que corresponda”.

Y concluíamos “inadmitiendo por improcedente el recurso”.

2º Recurso r 680/05v Viviendas Ministerio de Defensa 3. El pasado día 31 de Enero del 2006, este Tribunal de Defensa de la Competencia dictaba Auto poniendo fin al recurso interpuesto por Don J. L. L., en su propio nombre y como representante de Don S. C. M. y de la Asociación Nacional de Usuarios y Adquirentes de Viviendas del Ministerio de Defensa “contra una supuesta negativa del Servicio de Defensa de la Competencia a solicitar a este Tribunal la adopción de determinadas medidas cautelares instadas por los denunciados y ahora recurrentes”.

En el Cuarto de nuestros Fundamentos Jurídicos, entre otras consideraciones, se establecía literalmente que “...el recurso formulado carece manifiestamente de fundamento legal, ya que no se interpone realmente contra ninguna denegación del Servicio de las medidas cautelares solicitadas, pues en el Acuerdo de incoación de expediente....solamente manifestaba el Servicio que por el momento no disponía de los argumentos necesarios que le permitieran determinar si procedía o no proponer a este Tribunal la adopción de las mismas....y que dicho Acuerdo no decidía, ni determinaba su conclusión....por lo que tampoco producía indefensión”.

Y concluíamos “inadmitiendo por improcedente el recurso”.

TERCERO.- En primer lugar, conforme a la doctrina de este Tribunal, la concurrencia de este fundamental requisito del *fumus boni iuris ofumus delicti commissi* exige la concurrencia de una infracción de la LDC (cuya existencia

o inexistencia declarará de forma definitiva en la vía administrativa la Resolución que ponga fin al expediente sancionador o principal), en términos de verosimilitud o posibilidad a partir de la información de que se dispone en el expediente sancionador y en el accesorio de medidas cautelares, sin que se pueda pretender que exista prueba de la misma sin ningún género de dudas; es decir, debe existir una cierta seguridad respecto de la existencia de los hechos denunciados y de su aparente prohibición por la LDC, siendo la libre competencia en el mercado el derecho objeto de la tutela cautelar regulada en el art. 45 LDC (Resolución dictada en el Expte. MC 1/90: “La finalidad primordial de las medidas cautelares que se regulan en el artículo 45 de la Ley 17/1989 de Defensa de la Competencia, es la protección del orden público económico mediante la defensa de la competencia en el mercado”).

En segundo lugar, no es conforme a derecho residenciar el requisito del *fumus boni iuris* en la infracción de un concreto precepto de la LDC, pues el art. 45 LDC permite al Servicio proponer al Tribunal la adopción de medidas cautelares en cualquier momento “una vez iniciado el expediente” que, conforme a lo dispuesto por el art. 36.1 LDC, será abierto por el Servicio cuando observe indicios racionales de existencia de “conductas prohibidas por esta Ley” (*fumus delicti commissi*). En consecuencia, el Servicio está facultado por la LDC para proponer al Tribunal la adopción de medidas cautelares antes de formular (y comunicar a las partes) el pliego de concreción de hechos y de realizar cualquier valoración o calificación jurídica de los mismos. Ello es así porque la apariencia de buen derecho reside en la razonable existencia *prima facie* de una conducta que resulta incurso en alguna de las prohibiciones de la LDC, o como ya dijo hace tiempo este Tribunal: el requisito del *fumus boni iuris* reside en la “...razonable probabilidad de que las conductas denunciadas que ha de enjuiciar aquella resolución final sean ciertas y constituyan infracciones de la LDC” (Resolución dictada en el Expte. 16/96 *Material Eléctrico de Murcia*), y no tanto en la calificación jurídica que inicialmente el Servicio pueda realizar de los mismos (Resolución dictada en el Expte. MC 10/96, *Airtel/Telefónica*).

En concordancia con lo anterior, resulta evidente que al encontrarse el Servicio de Defensa de la Competencia en la fase administrativa de instrucción del expediente no parece necesario, tampoco, admitir la propuesta de los recurrentes en la adopción de medidas cautelares por existir un grave perjuicio patrimonial (*periculum in mora*) que, en todo caso, podría ser subsanable a posteriori, dada la solvencia de las partes intervinientes en la solemnización y protocolización de las escrituras de compraventa.

CUARTO.- La doctrina jurisprudencial, emanada de las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo, partiendo de la inicial de 20 de Febrero de 1992 establece que “el principio académico del **non bis in idem**, aunque

consiguientemente no aparece constitucionalmente de manera expresa, ha de entenderse integrado en el principio de legalidad y seguridad jurídica consagrado en el Artículo 9 de la Constitución Española, y determina la prohibición de que por Autoridades de un mismo orden jurisdiccional y a través de procedimientos distintos o alternativos, se sancione repetidamente una misma conducta”.

Ciertamente, la inmodificabilidad de las Resoluciones y/o Sentencias, firmes o definitivas tiene un amparo constitucional, contemplado específicamente en el Artículo 24.1 de la Constitución Española y dogmáticamente se conecta con los principios anteriormente citados (legalidad y seguridad jurídica), pero también resulta de la normativa legal ordinaria y jurisprudencial ex Artículo 1252 del Código Civil, en concordancia con los Artículos 222 siguientes y concordantes de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, en orden a la **presunción de cosa juzgada**, al ser aplicado e interpretado por el Tribunal Supremo en cuanto que “no es admisible que en un segundo o ulterior proceso se pueda desconocer o disminuir de cualquier manera el bien reconocido en la Resolución o Sentencia anterior y que concurre la cosa juzgada si resulta una *contradictio* manifiesta entre lo que ya se resolvió y lo que de nuevo se pretende, si se accede a conocer de nuevo”.

Porque dada la finalidad del proceso, que tiende a conseguir la seguridad jurídica, deviene obvio que cuando vaya a desembocarse en dos Resoluciones que pueden resultar opuestas y contradictorias entre sí....puede y debe acudir al Principio General del *non bis in idem*....puesto que para que surta efecto positivo lo juzgado, en pretensiones que lo presupongan no tiene que ser articulada la específica y formal excepción, ya que las decisiones de los Tribunales (dictadas en los respectivos órdenes jurisdiccionales) sientan una presunción de verdad que vincula al Juzgador, aunque no concurren las condiciones de la **exceptio rei iudicata**.

Así partiendo de lo previamente establecido, debemos concluir que si bien en el presente escrito de recurso se dan los requisitos: 1) tratarse de las mismas partes (recurrentes y recurrida); 2) ser idéntica la pretensión solicitada (medidas cautelares), la doctrina del *non bis in idem* no puede ser de aplicación, ahora, por cuanto la causa o razón de pedir (si bien es siempre la misma) lo es por primera vez contra un acto expreso del Servicio de Defensa de la Competencia, cuando en nuestras anteriores Resoluciones “ello no se producía” según se desprende de su fundamentación jurídica.

QUINTO.- Los denunciados y ahora recurrentes vienen produciendo una continua conducta, irrefrenable y sucesiva, de presentar escritos a los que denomina “ampliación del recurso”, con grave temeridad, lo que de

reproducirse en el futuro podría incardinarse en la norma del citado Artículo 10.6 de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que prevé que “si el Tribunal de Defensa de la Competencia apreciare mala fe o grave temeridad en la actuación de alguna de las partes ante los órganos de defensa de la competencia, podrá imponerle una multa no superior a Ptas. 5.000.000 o Euros 30.051,61”.

Lo que nos lleva a la desestimación del recurso interpuesto, en su doble vertiente.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, EL TRIBUNAL

HA RESUELTO

DESESTIMAR el Recurso interpuesto por Don J. L. L., en su propio nombre y en representación de Don S. C. M. y de la Asociación Nacional de Usuarios y Adquirentes del Ministerio de Defensa, contra el Acuerdo de 27 de Febrero del 2006 de la Directora General del Servicio de Defensa de la Competencia, en el que dispone “no estar justificada la propuesta de adopción de medidas cautelares”, que mantenemos en todos sus pronunciamientos “por inexistencia de derecho tutelable en estos momentos de la inicial instrucción del expediente”.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia, con notificación a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe Recurso alguno en vía administrativa, pudiendo sí interponer Recurso Contencioso Administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, contados desde el siguiente al de la notificación de ésta.