

RESOLUCION (Expediente R 715/07, Viviendas Ministerio de Defensa 6)

Pleno

Sr. D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
Sr. D. Javier Huerta Trolèz, Vicepresidene
Sr. D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
Sr. D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
Sra. Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
Sr. D. Julio Costas Comesaña, Vocal
Sra. Dña. M^a Jesús González López, Vocal

En Madrid, a 13 de junio de 2007

EL PLENO del Tribunal de Defensa de la Competencia con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R 715/07 (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, contra el acuerdo de Sobreseimiento adoptado por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 11 de febrero de 2007.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los denunciantes en escrito fechado el día 26 de Enero del 2007 interpusieron RECURSO contra dicho Acuerdo de Sobreseimiento, que tuvo su entrada ese mismo día y registrado por la Junta de Andalucía con el número 2336 y posteriormente remitido al Servicio de Defensa de la Competencia, que lo recibió el día 22 de Febrero del 2007 y fue registrado con el número 339.

Al citado escrito acompañaban una serie de documentos que aparecen unidos al expediente.

SEGUNDO.- El Servicio de Defensa de la Competencia, el día 8 de Febrero del 2007, eleva ese escrito a este Tribunal en el que establece: 1) que dicho recurso ha sido interpuesto en plazo; y 2) desarrolla una serie de argumentos tendentes a la ratificación por este Tribunal de su Acuerdo de Sobreseimiento.

TERCERO.- Este Tribunal de Defensa de la Competencia el día 26 de Febrero del 2007 dicta Providencia de admisión a trámite, nombra Ponente y acuerda poner de manifiesto el expediente a los interesados a fin de que durante un plazo común de quince días hábiles, a contar desde el siguiente al de la notificación formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

Dicha Providencia fue notificada a las partes interesadas.

CUARTO.- Los recurrentes en escrito fechado el día 26 de Marzo del 2007, que tuvo su entrada el día 29 y registrado con el número 697 dedican la casi totalidad de las alegaciones a desarrollar la pertinencia de dos documentos que acompañan al mismo (los designados como Anexos A y B), a la par que reiteran su pretensión en orden a la revocación del Acuerdo de Sobreseimiento por inaplicación de la excepción del Artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia; la inaplicación de la excepción prevista en los Artículos 3 y 126 del reglamento sobre libre elección de notario; y la libre competencia en el ejercicio de las profesiones liberales.

QUINTO.- EL PLENO de este Tribunal de Defensa de la Competencia deliberó y falló este recurso en su sesión del día 7 de Junio del 2007.

SEXTO.- Son partes interesadas: Don J. L. L., Don S. C. M. y la Asociación Nacional de Usuarios y Adquirentes de Viviendas del Ministerio de Defensa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como establecimiento previo procede dejar suficientemente acreditados los diversos recursos y actuaciones administrativas seguidas por los hoy recurrentes, que gozan de fehaciencia indubitada y que agrupamos del siguiente tenor:

1º Las medidas cautelares. Los recurrentes postulaban en los varios expedientes administrativos que seguidamente enumeraremos, la adopción de una serie de medidas cautelares *previas* a la obtención de una resolución sobre el fondo de su denuncia. Medidas que al ser desestimadas por el Servicio de Defensa de la Competencia dieron lugar a los siguientes recursos:

- *Recurso r 674/2005 Viviendas Ministerio de Defensa 2.* Este Tribunal de Defensa de la Competencia el día 13 de Octubre del 2003 dicta 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”.

El Tribunal concluía “inadmitiendo por improcedente el recurso”, “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”. Y continuamos diciendo que “el recurso carece manifiestamente de fundamento legal, ya que no se interpone contra ningún acto expreso, pues el Servicio ha iniciado de forma inmediata las actuaciones que considera necesarias para incoar el 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 denunciantes no puede constituir una conducta impugnabile, 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”.

- *Recurso r 680/2005 v Viviendas Ministerio de Defensa 3.* Este Tribunal de Defensa de la Competencia el día 31 de Enero del 2006 dicta 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 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 denunciantes y ahora recurrentes”.

El Tribunal concluía “inadmitiendo por improcedente el recurso”, “al carecer 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 del 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”.

- *Providencia r 681/2006 v Viviendas Ministerio de Defensa 4.-* Este Tribunal de Defensa de la Competencia en Providencia dictada el día 24 de Febrero del 2006 disponía en su plena literalidad que “con fecha 3 de Febrero del 2006, Don J. L. L. interpuso recurso contra la interrupción del plazo de instrucción del expediente desde el 30 de Noviembre del 2005, acordada por el Servicio de Defensa de la Competencia como consecuencia de la

interposición de un recurso ante este Tribunal. Dicho recurso fue tramitado con el número r 680/2005 v y terminado por Auto de inadmisión. En su escrito el recurrente solicitaba la nulidad del acuerdo de suspensión y, por medio de *otrosi digo*, que se propusiera al Gobierno el cambio normativo necesario para que la instrucción de los expedientes contra un organismo de la Administración, no sea instruido por otro órgano de ella misma.

El mismo recurrente, el 6 de Febrero del 2006, con entrada en este Tribunal el 14 del mismo mes, remitió escrito solicitando, tenerme por desistido del citado recurso, ordenando el archivo de lo actuado al respecto.

El Artículo 87.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable con carácter supletorio, establece que *pondrán fin al procedimiento ...el desistimiento*. En el presente caso procede aceptar el desistimiento de la parte recurrente al haber perdido el recurso su objeto, no sólo por el propio desistimiento, sino también por haber finalizado la tramitación del expediente tramitado en este Tribunal que dio lugar a la interrupción del plazo de instrucción que fue en acuerdo objeto del presente recurso. En cuanto a la solicitud del *otrosi digo* del escrito de recurso, tampoco justifica la continuación de la tramitación de este expediente por cuanto supone una petición improcedente e inadmisibile en el marco del recurso planteado y desistido”.

2º Fondo y adopción de medidas cautelares. Los hoy recurrentes e inicialmente recurrentes, 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, en escrito fechado el día 14 de Enero del 2005 presentaron denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia y dirigida 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, fechado el día 9 de Mayo del 2005, los denunciantes solicitaban “sea acordada la medida cautelar de requerir a los Colegios Profesionales de Notarios de España, a través de su organización notarial para que cesen en la conducta prohibida hasta tanto se produce la resolución firme sobre la denuncia”.

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 las 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 por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 10 de Febrero del 2006 los denunciados vuelven a reiterar la solicitud de la medida cautelar que han 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.

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

Los denunciados recurren la Providencia en escrito que tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia el día 16 de Marzo del 2006 y que posteriormente ha sido en varios momentos ampliado en los escritos presentados.

Recurso 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.

Este Tribunal de Defensa de la Competencia en Resolución dictada el día 21 de Junio del 2006, previa la tramitación del recurso cumpliendo los plazos y trámites procedentes RESUELVE “desestimar el recurso interpuesto por los denunciados-recurrentes 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 medidas cautelares* que mantenemos en todos sus pronunciamientos por inexistencia de derecho tutelable en estos momentos de la inicial instrucción del expediente”.

Así en el Primero de sus Fundamentos de Derecho se decía que “como previo pronunciamiento a adoptar, se hace necesario conocer y valorar cuál es la cuestión controvertida (principal o causal antecedente, para determinar sus efectos derivados y obligado subsiguiente) que no es otra que: a) una controversia entre los denunciados y el INVIFAS en orden al concepto y naturaleza del negocio jurídico con causa en las viviendas que este Organismo enajena; y b) como consecuencia de la contestación al mismo abordar el instrumento notarial que las solemniza (escritura de compraventa).

En consecuencia, con el valor de ***obiter dictum*** el Tribunal abordaba en profundidad el fondo del asunto controvertido, para una vez sentado su criterio adentrarse en el propio contenido del Recurso (la desestimación de adoptar medidas cautelares).

El Tribunal en el Tercero de sus Fundamentos de Derecho desarrolla la doctrina del *fumus boni iuris* o *fumus delicti commissi* llegando a la conclusión “en concordancia con ella que al encontrarse el Servicio de Defensa de la Competencia en 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.

SEGUNDO- El presente Recurso, que es objeto de la presente Resolución, trae causa antecedente del Acuerdo de Sobreseimiento dictado el día 11 de Enero del 2007 por el Servicio de Defensa de la Competencia, de la denuncia presentada en su día por los denunciados.

Los recurrentes en el cuerpo de su escrito del recurso contra el Acuerdo de Sobreseimiento dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia concretan su pretensión a lo largo de ONCE HECHOS, que en síntesis podemos agruparlos así:

1º los distintos compradores de las múltiples promociones de viviendas que están siendo enajenadas por el INVIFAS solicitan de éste que les remita copia de distinta documentación del expediente y que les permita elegir libremente el profesional del notariado para el otorgamiento de las escrituras de compraventa.

El INVIFAS deniega, de forma sistemática dicha elección por el comprador, obligando a aceptar el turno notarial, según las copias que acompañan como ejemplo, señaladas como Anexos 1, 2 y 3.

2º respecto de 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, acompañan copia de un modelo de solicitud de los realizados a los Notarios de turno, señalada como Anexo 12.

Asimismo, entienden que el INVIFAS impone también en las escrituras una cláusula calificada ya como abusiva por la Audiencia Provincial de Cádiz y antes por el Defensor del Pueblo.

3º la imposibilidad de negociar los honorarios de Notario.

Su pretensión finaliza diciendo que “aclarado, por lo tanto que no nos encontramos ante decisiones de un órgano administrativo en su campo propio de actuación, *sino ante una actividad sujeta al Derecho Privado desarrollada entre un particular y un Organismo Autónomo del Estado*, desarrollemos algo más lo expuesto respecto del carácter prohibido de su conducta”.

Y seguidamente incardina la infracción denunciada en el Artículo 1.1c de la Ley de Defensa de la Competencia y con amparo en lo dispuesto en el siguiente Artículo 2.1 del mismo Texto Legal.

Esta primera alegación de los recurrentes (*nos encontramos ante decisiones de una actividad sujeta al Derecho Privado desarrollada entre un particular y un Organismo Autónomo del Estado*) llevaría inexorablemente a preguntarnos por qué los recurrentes acuden a esta jurisdicción administrativa, en vez de hacerlo ante el orden jurisdiccional civil y/o contencioso administrativo.

En consecuencia y en concordancia con lo establecido por el Servicio de Defensa de la Competencia, en el Acuerdo de Sobreseimiento, cabe concluir 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.

TERCERO.- Abordando las restantes alegaciones que conforman el cuerpo del escrito del recurso interpuesto por los denunciados y ahora recurrentes, este Tribunal se remite a lo dicho con el valor de ***obiter dictum*** en su Resolución *r 685/2006 v Viviendas Ministerio de Defensa* 5 de 21 de Junio del 2006.

En la misma y transcribimos literalmente el Primero de sus Fundamentos de Derecho decíamos

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) 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*”.

Por consecuencia de todo lo anterior debemos CONCLUIR diciendo:

1º de conformidad con 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, se establece 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 diciendo 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.*

2º la precitada Ley 26/1999 de 9 de Julio, en su Artículo 13 dispone que *el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, creado por Real Decreto 1751/1990 de 20 de Diciembre, se 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.*

Lo anteriormente dispuesto en el Artículo 13 tiene su antecedente causal normativo en lo dispuesto en la citada Ley 6/1997 de 14 de Abril, al establecerse en su Artículo 41 que *son Organismos públicos los creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado; puntualizándose en el siguiente Artículo 42.1 que los Organismos públicos tienen personalidad jurídica diferenciada...y dentro de su esfera de competencia, les corresponden las potestades Administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines....*A su vez, el Artículo 45 dispone que *los Organismos Autónomos se rigen por el Derecho Administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestaciones o de gestión de servicios públicos.*

CUARTO.- Con amparo en dichos preceptos legales normativos y en nuestras anteriores Resoluciones, previamente citadas y relacionadas, procede DESESTIMAR el Recurso interpuesto por los recurrentes y en su día denunciados, contra el Acuerdo de Sobreseimiento dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 11 de Enero del 2007, que debemos mantener en todos sus pronunciamientos “por inexistencia de derecho tutelable”.

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 de Viviendas del Ministerio de Defensa contra el Acuerdo de Sobreseimiento adoptado por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 11 de Enero del 2007, que mantenemos en todos sus pronunciamientos “por inexistencia de derecho tutelable”.

Notifíquese esta Resolución a los recurrentes y demás partes interesadas y comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia, haciéndoseles 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 día siguiente al de la notificación de esta Resolución.