

**RESOLUCIÓN**  
**(EXPTE. S/0196/09, Colegio Notarial de Asturias)**

**Consejo**

Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
D<sup>a</sup>. María Jesús González López, Consejera  
D<sup>a</sup>. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 20 de enero de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente el Consejero Don Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador nº S/0196/09, *Colegio Notarial de Asturias*, incoado por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia contra el Ilustre Colegio Notarial de Asturias, por la realización de un presunto acuerdo colusorio prohibido por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en un mecanismo o turno de compensación de honorarios de los notarios de aplicación en la poblaciones del Colegio Notarial de Asturias en las que se hallen demarcadas dos o más notarias.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 20 de octubre de 2009 tuvo entrada en la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) escrito de XXX, Notario del Ilustre Colegio Notarial de Oviedo contra el Ilustre Colegio Notarial de Oviedo (que desde el 1/01/2009, por virtud de la Disposición Final 1<sup>a</sup> del RD 45/2007, de 19 de enero, ha pasado a denominarse Ilustre Colegio Notarial de Asturias), por supuestas conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la aprobación y posterior aplicación de un acuerdo adoptado por la Junta Directiva de fecha 17 de diciembre de 2003 sobre un sistema de compensación de honorarios entre los notarios del Colegio denunciado.

Concretamente, el acuerdo establece unas normas en materia de turno o mecanismo de compensación por las cuales todo notario del Ilustre Colegio Notarial de Asturias (ICNA) que otorgue documentos de cuantía que la Disposición Adicional 10<sup>a</sup> de la Ley de 23 de diciembre de 1987 excluyó del turno de reparto de documentos, deberá aportar a un fondo de compensación el 35% íntegro de los honorarios efectivamente percibidos por tramitar esos documentos. La totalidad de lo ingresado en el fondo de

compensación se repartirá por trimestres naturales y a partes iguales entre todos los notarios de la población (folios 9 a 12).

Según el denunciante, el acuerdo impide hacer descuentos a los notarios, por lo que estaría incidiendo de forma directa o indirecta en los precios, desincentivando la competencia entre notarios, lo que repercute en los clientes y afecta al derecho de la competencia (folios 4 y 7).

2. El 28 de octubre de 2009, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la DI acordó iniciar una información reservada con el número S/0169/09, en el marco de la cual solicitó información al Colegio denunciado.
3. El 2 de marzo de 2010, la DI acordó incoar expediente sancionador por conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia contra el Ilustre Colegio Notarial de Asturias, al observar indicios racionales de infracción en el mecanismo de compensación de honorarios acordado por ese Colegio el 17 de diciembre de 2003.
4. Con fecha 16 de abril de 2010, conforme al artículo 50.3 de la Ley 15/2007, la DI formuló y notificó a las partes un pliego de concreción de hechos (PCH). Con fecha 2 de junio de 2010 y de conformidad con lo establecido en el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el RD 261/2008, de 22 de febrero (RDC), la DI acordó el cierre de la fase de instrucción, lo que fue comunicado a las partes. El 14 de junio de 2010, según lo establecido en el artículo 50.4 de la Ley 15/2007, la DI formuló Propuesta de Resolución que fue notificada a las partes.
5. El 5 de julio de 2010, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 50.5 de la Ley 15/2007 y 34.2 del RDC, la DI remitió a este Consejo de la CNC el expediente de referencia, junto con un Informe en el que se incluye la Propuesta de Resolución (PR). En particular, la DI propone:

*“Primero.- Que por el Consejo de la CNC:*

*a. Se declare que el mecanismo de compensación previsto en el acuerdo adoptado por la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Oviedo el 17 de diciembre de 2003 es una infracción del artículo 1.1.a de la LDC (Ley 19/1989, de Defensa de la Competencia, de 17 de julio hasta el 31 de agosto de 2007 y Ley 15/2007, de 3 de julio, a partir del 1 de septiembre de 2007). Se considera responsable al Ilustre Colegio Notarial de Asturias.*

*b. Se intime al Ilustre Colegio Notarial de Asturias imputado para que se abstenga de concertar acuerdos semejantes en lo sucesivo.*

*Segundo.- Se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 53 de la LDC.”*

6. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia terminó de deliberar y falló este expediente en su reunión del 19 de enero de 2011.
7. Son parte en este expediente:
  - XXX
  - Ilustre Colegio Notarial de Asturias

### HECHOS PROBADOS

A la vista de la información disponible en el expediente, el Consejo considera como hechos probados los siguientes:

Con fecha 17 de diciembre de 2003, la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Asturias adoptó por unanimidad un acuerdo titulado “*NORMAS SOBRE TURNO DE COMPENSACIÓN APLICABLES EN EL ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE OVIEDO*”, que “*con efectos desde el primero de Enero de 2.004 se aplicarán, en aquéllas poblaciones del Colegio Notarial de Oviedo en la que se hallen demarcadas dos o más notarías*” (folios 9 a 12 y 116 a 119).

En el apartado de antecedentes del señalado acuerdo se afirma:

*“La Junta Directiva ha decidido tomar este nuevo acuerdo en sustitución del anterior de 22 de Julio de 2.002, y que tendrá vigencia, inicialmente, durante el periodo en el que exista incertidumbre sobre la solución judicial que definitivamente se le dé al tema por parte de los órganos administrativos (Tribunal de la Competencia) y judiciales.*

*Puesto que la materia no admite más demora (...) y considerando que el Tribunal de la Competencia ha amenazado a otros Colegios con multas millonarias, esta Junta ha decidido dejar en suspenso la ejecución del acuerdo mencionado del año 2.002, y sustituirlo por el que mediante la presente se comunica sin perjuicio de que, dependiendo de la solución judicial al caso, deba ejecutarse el tan repetido acuerdo de 2.002 por el periodo que media entre su entrada en vigor y el uno de Enero del presente año (...)*

*El nuevo acuerdo ha sido adoptado con respeto absoluto al resultado de la encuesta, con la única excepción de la cuantía de las pólizas exceptuadas del turno, que fue redondeada a 20.000 Euros”* (folios 9 y 116).

El punto 1 del acuerdo se refiere al ámbito objetivo: “*El mecanismo o turno de compensación se extenderá exclusivamente a los documentos de cuantía que la Disposición Adicional 10ª de la Ley de 23 de diciembre de 1987 excluyó del turno de reparto de documentos, es decir, los otorgados con habitualidad por Cajas de Ahorro y demás Entidades Oficiales de Crédito, con la única excepción de las Pólizas cuya base sea de cuantía inferior a 20.000 Euros*” (folios 10 y 117).

El punto 2 del acuerdo establece el porcentaje (folios 10 y 117): “*Cada Notario aportará al fondo de compensación el 35% íntegro de los honorarios efectivamente percibidos. Así pues, se excluyen, como es natural:*

- *Honorarios no cobrados por condonación o mora (éstos serán comunicados cuando sean satisfechos).*
- *Suplidos.*
- *Gestión, e*
- *I.V.A. repercutido.”*

El criterio de reparto está recogido en el punto 3 del acuerdo: *“La totalidad de lo ingresado en el fondo de compensación se repartirá por trimestres naturales y a partes iguales entre todos los Notarios de la población. Si alguno de los Notarios no hubiere llegado a cumplir un trimestre de servicio activo en la población, recibirá o abonará la parte proporcional al tiempo en que hubiera estado en activo”* (folios 11 y 118)

Este acuerdo se aplicó durante todo el ejercicio 2004 en la ciudad de Gijón, y en Oviedo desde el ejercicio 2004 hasta el 30 de junio de 2009 (folio 94). Según el ICNA, el acuerdo no se ha ejecutado en ninguna otra localidad del ámbito geográfico del Colegio Notarial de Asturias y ello, *“porque es en las ciudades indicadas y, sobre todo en Oviedo, donde se concentran los documentos públicos notariales otorgados por las entidades antes indicadas”* (folio 94).

Asimismo, según el ICNA no existe acuerdo ulterior alguno al que es objeto de este expediente, como tampoco acuerdo sobre sistema de reparto de honorarios asociados a documentos sujetos a turno (folio 94).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.- Normativa de competencia aplicable**

La DI propone que este Consejo de la CNC (Antecedente de Hecho -AH- 5) declare que el mecanismo de compensación previsto en el acuerdo adoptado por la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Oviedo el 17 de diciembre de 2003 es una infracción del artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia hasta el 31 de agosto de 2007, y de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, a partir del 1 de septiembre de 2007.

No obstante, puesto que la incoación de este expediente sancionador S/0196/09 se produjo el 2 de marzo de 2010 (AH 3), su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta a contrario de la Disposición transitoria primera de esta Ley.

Tanto la Ley 16/1989 como la Ley 15/2007 prohíben en su artículo 1.1 *“todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”*. Por tanto, a efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, no tiene mayor relevancia aplicar una u otra Ley de defensa de la competencia.

Como ya ha manifestado este Consejo en anteriores Resoluciones, cuando la conducta imputada se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de las dos normas (la Ley 16/1989 y la Ley 15/2007), de acuerdo con el art. 128 de la Ley 30/1992, resulta necesario determinar cuál de ellas es de aplicación a todo el periodo de duración de la infracción, debiendo optar por aquella Ley más beneficiosa para el operador imputado, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso en concreto (entre otras: RCNC de 12/11/2009, Expte. S/0037/08, *Compañías Seguro Decenal* y RCNC de 31/07/2010, Expte. S/0120/08, *Transitarios*).

En este caso, siendo el imputado una entidad que agrupa a operadores económicos que compiten entre sí en el mercado considerado de la prestación de servicios de la fe pública notarial, este Consejo concluye que resulta más beneficiosa para el Colegio Notarial de Asturias la aplicación de la Ley 16/1989, en la medida en que siendo un operador económico sin cifra de negocios, la multa por la realización de una conducta prohibida no podrá superar la cuantía de 901.518,16 euros (art. 10 .1). Por ello, en el marco de este expediente sancionador, el Consejo considera la Ley 16/1989 (LDC en adelante) como norma más favorable para el imputado y, en consecuencia, la norma bajo la cual corresponde calificar y, en su caso, sancionar la conducta imputada durante toda su vigencia y aplicación acreditada.

### **Segundo.- Naturaleza del acuerdo colegial y prescripción de la infracción**

En las alegaciones al PCH y a la PR, el ICNA ha alegado la prescripción de la infracción administrativa imputada por la DI, por cuanto considera que el acuerdo de 17 de diciembre de 2003, en realidad, son dos acuerdos con eficacia singular y geográficamente limitada; uno, para los notarios con sede en Gijón y, otro, para los notarios con sede en Oviedo. Además considera que, siendo el denunciante notario de la demarcación de Gijón sólo puede tener interés legítimo respecto del acuerdo que afecta a esta población, razón por la que el ICNA entiende que este expediente sancionador se debe circunscribir a ese acuerdo, que de considerarse una infracción del artículo 1 de la LDC habría prescrito por el transcurso del plazo de 4 años que establece el artículo 12 de la LDC, en tanto en cuanto sólo se ha aplicado durante el ejercicio de 2004 y el acuerdo de la DI de apertura de actuaciones reservadas es de fecha 28 de octubre de 2009.

Esta alegación no puede prosperar. Primero, porque el artículo 1 de la LDC establece una prohibición objetiva y preventiva de toda conducta o práctica concertada que tenga “*por objeto, produzca o pueda producir el efecto*” de restringir la competencia en todo o parte del mercado nacional. Esto es, el precepto legal no se limita a prohibir acuerdos que se hayan implementado de forma efectiva y, por ello, hayan producido una efectiva restricción de la competencia, sino también las conductas de origen concertado que, objetivamente, pueden producir ese indeseado daño al orden público económico, aunque finalmente, por las razones que fuera e imputables o no al autor de la conducta, no se produzcan (véase, ente otras, la propia SAN de 8/07/2002, FD 2º).

Y lo cierto es que el acuerdo mismo adoptado por el ICNA manifiesta de forma indubitada que las normas del turno de compensación aprobadas se aplicarán “*en aquellas poblaciones del Colegio Notarial de Oviedo en la que se hallen demarcadas dos o más notarías*”. Por tanto, el acuerdo no se adopta con vigencia limitada geográficamente a las ciudades de Gijón y Oviedo, aunque por las razones que fueren finalmente sólo se aplicó o ejecutó en Gijón durante el año 2004, y en Oviedo desde el ejercicio 2004 hasta el 30 de junio de 2009, circunstancia que, sin duda, debe ser tenida en cuenta al tiempo de determinar los efectos del acuerdo y la cuantía de la sanción (artículo 10 de la LDC), pero que carece de toda relevancia al analizar la naturaleza y potencialidad restrictiva del acuerdo, que es único y se adoptó para ser aplicado en todas las poblaciones del Principado de Asturias con dos o más notarías, que no se limitan a las ciudades de Gijón y Oviedo.

En segundo término, los expedientes sancionadores de defensa de la competencia se incoan, siempre, de oficio por la Dirección de Investigación de la CNC (artículos 49.1 Ley 15/2007 y 25 del RDC), que es quien a través del PCH determina el ámbito del expediente sancionador (artículos 59.3 de la Ley 15/2007 y 33.1 del RDC), teniendo en cuenta que su actuación debe tener por objeto preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados con el fin de proteger el interés público (artículo 12.1 de la Ley 15/2007). Por ello, con independencia de cuáles puedan ser los problemas o conflictos que haya mantenido o mantenga el notario denunciante con el ICNA, y los motivos que le llevaron a presentar la denuncia, no se puede aceptar la alegación de que este expediente sancionador se debe limitar al supuesto acuerdo de establecimiento de las normas del turno de compensación para los notarios de Gijón.

En definitiva, pues, siendo el acuerdo del ICMA único y adoptado para que estuviese vigente con efectos desde el primero de enero de 2004 y “*durante el período en el que exista incertidumbre sobre la solución judicial que definitivamente se le dé al tema por parte de los órganos administrativos (Tribunal de la Competencia) y judiciales*” y para todas “*aquellas poblaciones del Colegio Notarial de Oviedo en la que se hallen demarcadas dos o más notarías*”, no puede prosperar la alegación de prescripción.

### **Tercero.- Aplicación de la legislación de defensa de la competencia a la actividad de los Colegios Notariales**

Alega el ICNA que los Colegios Notariales, en tanto que Colegios de funcionarios que prestan una función reservada al dominio público, con estatuto legal propio, contenido en la Ley del Notariado y en el Reglamento Notarial, no están sujetos a la Ley de Defensa de la Competencia ni a la Ley 2/1974 sobre Colegios Profesionales, pues estas leyes tan sólo se pueden aplicar a aquellos profesionales que prestan servicios que no están reservados al servicio público. Inaplicabilidad que habría venido a ratificar la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior, en la medida en que en el artículo 2.2.i) se dispone que la misma no se aplicará a “*los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración*”. Directiva europea que ha sido traspuesta al ordenamiento interno mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, cuyo

artículo 2.2.i), en efecto, excluye de su ámbito de aplicación: *“Las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública, en particular las de los notarios, registradores de la propiedad y mercantiles”*.

Al analizar esta alegación, resulta oportuno recordar que este expediente no tiene por objeto ni cuestiona el carácter público del servicio que prestan los notarios, cuando actúan como fedatarios públicos en el ejercicio de sus competencias –naturaleza que, en todo caso, no es incompatible con el carácter económico de tal actividad en el sentido que a seguir se señala–, sino que su objeto es la adecuación a la LDC del acuerdo adoptado por el ICNA el 17 de diciembre de 2003, por el que se aprueban con carácter obligatorio las normas del mecanismo de compensación de aplicación en aquellas poblaciones del Colegio en las que existan dos o más notarías.

Así centrado el objeto del expediente, conviene subrayar que el concepto de empresa u operador económico tiene un contenido propio y autónomo en el Derecho de la competencia (de la Unión Europea y nacional), de tal modo que a los efectos de este sector del ordenamiento jurídico (en el que no se integra la Directiva 2006/123/CE) una empresa es una entidad que, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación, desarrolla de forma autónoma, habitual o esporádicamente, algún tipo de actividad económica, entendida ésta como cualquier actividad de producción o intercambio no gratuito de bienes o servicios (por todas, véase la RCNC de 14/04/2009, Expte. 639/08, *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha*, FD 3º, donde se referencian otras resoluciones y sentencias de los Tribunales de la Unión Europea y nacionales aplicables al caso).

En el pasado el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) ha aplicado este concepto amplio y funcional de operador económico, en expedientes en los que analizaba la conformidad con la legislación de defensa de la competencia de conductas de Colegios Notariales de naturaleza y/o efectos restrictivos similares a las que son objeto de este expediente sancionador (RTDC de 4/03/99, Expte. r 335/98, *Colegios notariales*; RTDC de 20/06/2003, Expte. 544/02, *Colegio Notarial de Madrid*; y RTDC de 21/07/2004, Expte. 562/2003, *Colegio Notarial Bilbao*). Resoluciones que han sido confirmadas, primero, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (AN), mediante sentencias de 8/07/2002, de 26/09/2006 y de 23/11/2006, y luego por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en sentencias de 2/06/2009 y de 26/04/2010. En concreto, en esta última sentencia, la Sala del TS reproduce la doctrina que ya había dictado en la anterior sentencia de 2 de junio de 2009, sobre la aplicabilidad de la LDC a los Colegios Notariales:

*“En efecto, esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo comparte los razonamientos de la Sala de instancia referidos a la plena aplicabilidad al Colegio Notarial recurrente de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y concernientes a la consideración del mecanismo compensatorio enjuiciado de conducta incurso en las prohibiciones del artículo 1 del referido Cuerpo legal, puesto que la circunstancia de que el Acuerdo de 17 de enero de 2001 se adopte en el ejercicio de la potestad de ordenación de la actividad profesional de los colegiados, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley*

*2/1974, de 13 de julio, sobre Colegios Profesionales, no excluye que dicho Acuerdo deba someterse al principio de legalidad administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 y 103 de la Constitución, y deba respetar específicamente la legislación de defensa de la competencia.*

*(...)*

*Resulta adecuado recordar que el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de noviembre de 2008 (RC 5837/2005), ha calificado de erróneas las tesis argumentativas que entienden que los Colegios profesionales, en aquellos supuestos en que ejercen funciones públicas, y por ello, actúan con carácter de Administración Pública, quedan eximidos de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, y que el Tribunal de Defensa de la Competencia no tiene competencia para declarar que las conductas son anticompetitivas, con la exposición de los siguientes argumentos jurídicos (...)*”.

Esta doctrina, también seguida por las autoridades autonómicas de competencia en asuntos que tenían por objeto conductas de efectos restrictivos similares a los imputados por la DI (Resolución del Tribunal Català de Defensa de la Competència –TCDC– de 31 de mayo de 2006, Expte. 11/05, *Col·legi de Notaris de Catalunya* y Resolución del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía –CDCA– de 8 de junio de 2010, Expte. S/06/2010, *Colegio de Notarios de Andalucía*), es plenamente aplicable en este expediente sancionador, sin que la exclusión de la actividad de los notarios –que no de los Colegios Notariales– del ámbito de aplicación de la denominada Directiva de Servicios y de la Ley 17/2009 pueda ser interpretada en el sentido defendido por el imputado; esto es, que los actos de los Colegios Notariales con trascendencia económica quedan excluidos del ámbito de aplicación de la legislación de competencia, como por lo demás lo ratifica el hecho de que la *Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, pese a introducir modificaciones en el articulado de la Ley 2/1974 sobre Colegios Profesionales, no ha realizado ninguna modificación en sentido indicado por el ICNA.

#### **Cuarto.- Naturaleza restrictiva de la competencia del turno de compensación acordado por el ICNA**

En la Propuesta de Resolución, la DI valora que el acuerdo del ICNA de 17 de diciembre de 2003 por el que se aprueban las normas del turno de compensación de honorarios constituye una infracción de la prohibición de conductas restrictivas de la competencia del art. 1 LDC, por cuanto afecta a la libertad de acción de los notarios, (i) desincentivando su capacidad de competir y (ii) distorsionando su facultad de negociar y fijar los precios con los clientes.

Por el contrario, el ICNA afirma que tal acuerdo no es restrictivo de la competencia entre notarios. Así se alega que el fondo de compensación no puede incidir indirectamente en la determinación del precio de algunos de los servicios prestados por los notarios ni afectar a su capacidad de competir en precios, argumentando, en esencia:



(i) los notarios no se pueden considerar operadores económicos que intervienen en el mercado, pues en tanto que funcionarios que ejercen una función demanial carecen de capacidad de competir;

(ii) esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que el servicio público que prestan como funcionarios no esté sufragado con cargo a los Presupuestos Generales, sino por la recaudación y cobro de un arancel, porque éste es un precio público que fija la Administración y no un precio o remuneración libremente fijado por el juego de la oferta de la demanda, que es el concepto de precio al que se refiere la LDC;

(iii) el hecho de que el RD-Ley 6/2000 faculte al notario para reducir o no el importe del arancel hasta un 10%, no priva al arancel de su naturaleza de precio público y al notario de su condición de funcionario;

(iv) el ciudadano no ve limitada su libertad de elección de notario, pues antes del otorgamiento del acto y en la medida en que el acuerdo sólo se aplicó en ciudades (Gijón y Oviedo) en las que hay una pluralidad de notarios, tiene la posibilidad de dirigirse a más de un notario a fin de conocer la cuantía del arancel y el porcentaje de descuento que estaría dispuesto a realizar, quedando así también preservada la libre competencia entre estos;

(v) dado que el acuerdo de creación de un fondo de compensación sólo se aplica cuando en la operación interviene una entidad de crédito oficial o una Caja de Ahorros; esto es, por una entidad que puede proporcionar al notario un alto volumen de operaciones, no resulta imaginable, plausible, razonable presumir que el notario deje de aplicar el descuento solicitado o permitido por el hecho de tener que aportar el 35% del arancel efectivamente cobrado al fondo de compensación;

(vi) para ser notario el Estado exige una determinada cualificación y capacitación técnica, y este es el factor determinante de competencia para que un ciudadano o una entidad financiera acuda a uno u otro notario;

(vii) el acuerdo controvertido tiene una eficacia exclusivamente internamente, entre los notarios, sin que les desincentive a ofrecer una mayor calidad técnica o el descuento permitido sobre el arancel en el ejercicio de su función pública;

(viii) no resulta de aplicación la STS de 26 de abril de 2010, por cuanto el fondo de compensación aprobado por el ICNA es sustancialmente distinto del mecanismo de compensación objeto de tal sentencia, que incluía a toda entidad financiera, pública o privada, superando el ámbito subjetivo de la DA 10ª de la Ley 33/1987.

El Consejo no comparte esta argumentación del ICNA por contraria a la consolidada doctrina y jurisprudencia existente sobre los distintos mecanismos o fondos de compensación creados por los Colegios Notariales desde la entrada en vigor de la DA 10ª de la Ley 33/1987.

Desde la óptica del Derecho de defensa de la competencia, los notarios son operadores que ofertan servicios de fe pública o de seguridad jurídica preventiva a cambio de una remuneración que les entrega el cliente. Son, pues, operadores económicos que desde el lado de la oferta compiten en el mercado de la prestación de servicios de fe pública notarial (STS de 2/06/2009, FD 4º), y a esta consideración ciertamente funcional de los notarios, como operadores económicos plenamente sometidos en el ejercicio de su actividad típica a la legislación de competencia, nada añade ni quita el hecho cierto de que son funcionarios públicos que ejercen una función demanial a cambio de un precio máximo que determina la Administración.

El notario participa como oferente en un mercado de servicios que presenta importantes barreras de entrada de carácter normativo, y en el que, tradicionalmente, la calidad técnica del servicio prestado por el notario ha podido ser el principal factor de competencia, sin desdeñar la importancia de otros factores como la ubicación de la notaría o la rapidez y comodidad en la prestación del servicio demandado. Pero a los efectos que aquí interesan esta situación cambió de forma significativa como consecuencia, primero, de la integración en un solo cuerpo de notarios y corredores de comercio colegiados a partir de 1 de octubre de 2000 y por virtud de la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la *ley 55/1999, de 20 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y del orden social*, cuyo objeto era el “*incremento de la libre competencia*”. Esta fusión en el cuerpo de notarios produjo un aumento significativo del número de oferentes en el mercado considerado y, de forma particular, produce por vez primera la posibilidad de que los notarios puedan competir en precios en una parte de su actividad, pues a los notarios corresponde desde entonces realizar también las actuaciones antes reservadas por la legislación a los corredores de comercio (intervención de pólizas), quienes ya podían aplicar a sus aranceles los descuentos que estimasen pertinentes en virtud del artículo 2.3 del *Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia*.

La promulgación del *Real Decreto-Ley 6/2000, de 24 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios*, incrementó esa capacidad de competir en precios, permitiendo con carácter general al notario efectuar descuentos sobre el arancel establecido. En concreto, el artículo 35 de esta norma establece:

*“1. En relación con los aranceles establecidos por el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre y sus modificaciones posteriores, se podrá efectuar un descuento de hasta el 10 %.*

*2. Se modifica la letra f) del número 2, apartado 1, del anexo I del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, que queda redactada de la siguiente forma:*

*f. Por lo que excede de 100.000.000 de pesetas hasta 1.000.000.000 de pesetas: 0,3 por 1.000.*

*Por lo que excede de 1.000.000.001 pesetas el Notario percibirá la cantidad que libremente acuerde con las partes otorgantes.”*

Este es el contexto jurídico y económico existente al tiempo en que el ICNA aprueba, el 17 de diciembre de 2003, el fondo de compensación controvertido, y al que hay que atenerse para determinar si tal acuerdo colegial constituye o no una conducta restrictiva prohibida por el artículo 1 de la LDC (SAN de 26/09/2006). Es también el contexto aplicable a los mecanismos de compensación que se declaran conductas restrictivas de la competencia prohibidas en las resoluciones del TDC de 20/06/2003 y de 21/06/2004 (Exptes. 544/02 *Colegio Notarial Madrid* y 562/2003, *Colegio Notarial Bilbao*), confirmadas por las STS de 2/06/2009 y de 26/04/2010 (recursos núm. 5763/2006 y núm. 3359/2007) antes citadas.

En definitiva, pues, el Consejo puede coincidir con el ICNA en que su fondo de compensación es un mecanismo de redistribución de ingresos entre los notarios de la población en cuestión, y en que, en efecto, el destino que éstos le dan a los ingresos que perciben de los clientes, obligados, debida o indebidamente, por su Colegio no plantearía en sí mismo un problema de competencia si no fuera porque, dado el contexto jurídico y económico vigente al tiempo de su adopción y aplicación, objetivamente puede afectar a la rivalidad en precios de los notarios en la prestación de sus servicios de fe pública ligados a la actividad bancaria.

Esta aptitud restrictiva por objeto de los fondos o mecanismos de compensación de los Colegios Notariales no existía al tiempo de la promulgación de la DA 10ª de la Ley 33/1987, en el que no era posible la competencia en precios en la prestación de servicios de fe pública notarial, siendo este el contexto jurídico y económico relevante a los efectos del expediente r 335/98, *Colegios Notariales*. Por ello, en su resolución de 4 de marzo de 1999 (posteriormente confirmada por la SAN de 8/07/2002), el TDC concluyó que la recomendación del Consejo General del Notariado a los Colegios Notariales, de adoptar un mecanismo compensatorio de honorarios (que tenía por objeto hacer frente a la probable disminución de ingresos de determinados notarios provocada por la exclusión del sistema de turno de los documentos financieros otorgados por Cajas y entidades oficiales de crédito), ni afectaba a los precios, que eran fijos según el arancel, ni a las condiciones en que los notarios prestan sus servicios a los terceros y, por tanto, no se podía afirmar que se produjera una afección al mercado y a la libre competencia.

Como ya se ha señalado, ese no es el contexto jurídico y económico en el que tiene lugar la aprobación por el ICNA del acuerdo controvertido, sino aquel que ya existía al tiempo que los Colegios Notariales de Bilbao y Madrid acordaron la creación de unos mecanismos de compensación que, el TDC y los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, confirmaron como restrictivos de la competencia. Conforme a esta jurisprudencia, los fondos de compensación: (i) limitan la libertad de acción de los notarios en la intervención de pólizas y escrituras financieras, y tienen el efecto potencial de desincentivar la competencia por conseguir cuotas crecientes de dicho mercado que conllevan, si se aplica el mecanismo, contribuciones crecientes al fondo de compensación; al tiempo que (ii) interfieren y distorsionan la libertad de negociar descuentos con los clientes, desincentivando la ampliación de clientela basada en ofertas con precios más bajos, ya que se pueden conseguir los mismos ingresos con pocos documentos aplicando estrictamente el arancel que con muchos documentos con

descuentos para los clientes y con sustanciales contribuciones al mecanismo compensatorio.

Como se señala en el FD 2º.1) de la SAN de 26/09/2006 (y se reitera en el FD 2º de la SAN de 23/11/2006), y hace suyo el TS en sus sentencias de 2/06/2009 y de 26/04/2010: *“...al existir competencia en el mercado, carece de justificación la adopción de un mecanismo de compensación que participa de singulares características, pues no afecta a todo el territorio nacional, solo incide en un determinado tipo de documentos, y no tiene en cuenta las esenciales reformas legislativas a las que se ha hecho referencia (...). No podemos por menos que compartir el planteamiento del TDC cuando afirma que la incidencia del MC [mecanismo de compensación] en el mercado delimitado tendría, razonablemente, efectos anticompetitivos pues dificulta notablemente la posibilidad de efectuar descuentos y reduciría en consecuencia la competencia entre notarios.”*

Es cierto que los mecanismos de compensación acordados por los Colegios Notariales de Bilbao y Madrid (y también los creados por los Colegios Notariales de Cataluña y de Andalucía, declarados prohibidos por la Resolución del TCDC de 31 de mayo de 2006 y del CDCA de 8 de junio de 2010, respectivamente) presentan diferencias con el turno o fondo de compensación creado por el ICNA. En particular, el acuerdo que es objeto de este expediente: (i) limita su ámbito material a los documentos de cuantía (escrituras y pólizas) otorgados con habitualidad por Cajas de Ahorro y demás Entidades Oficiales de Crédito; (ii) el porcentaje del honorario que el notario debe aportar al fondo (el 35%) se calcula sobre el arancel efectivamente percibido; esto es, sobre el arancel que corresponda según la cuantía del documento menos el descuento que se hubiese podido practicar; y (iii) todos los notarios de la población están obligados a aportar el mismo porcentaje al fondo, que se reparte a partes iguales entre todos ellos.

El Consejo considera que estas características del fondo de compensación del ICNA pueden tener su relevancia al tiempo de valorar la gravedad de la restricción a la competencia a los efectos de cuantificar la multa. Pero, por el contrario, carecen de toda significación a la hora de determinar la antijuridicidad de la conducta conforme al artículo 1 de la LDC. Esto es, son factores que no inciden sobre la aptitud objetivamente restrictiva del acuerdo, atendido el contexto jurídico y económico en el que se adopta y mantiene vigente. Por ello, este Consejo considera que la doctrina y jurisprudencia antes referenciada es plenamente aplicable al acuerdo de 17 de diciembre del ICNA, por el que se aprueban las normas de funcionamiento de un turno de compensación para las poblaciones adscritas al Colegio en las que exista dos o más notarías, que debe ser calificado como un acuerdo restrictivo de la competencia prohibido por el artículo 1.1 de la LDC.

En definitiva, el fondo de compensación del ICNA es un acuerdo de reparto de rentas entre competidores (que se intercambian información sobre volumen de negocio), que permite a unos notarios –a quienes son beneficiarios netos del fondo– obtener ingresos que no son el resultado de su propio esfuerzo (competencia de méritos) sino de otros notarios competidores, que asumen íntegramente los gastos asociados a la obtención de los ingresos que deben compartir con sus competidores. Es pues un acuerdo que afecta

directamente al riesgo y ventura consustancial al ejercicio de toda actividad económica, distorsionando la competencia entre los notarios de la población en la que se aplica el acuerdo colegial, en la medida en que afecta a los incentivos que todo sistema competitivo genera en el operador económico a esforzarse en mejorar el precio y la calidad del servicio que presta para incrementar el volumen su negocio, e impide que el notario pueda percibir la remuneración que determine el mercado (dentro del margen que permite la normativa sobre aranceles notariales) sino lo que determine su Colegio mediante la aprobación de mecanismos de compensación (RTDC de 20/06/2003, Expte. 544/02, *Colegio Notarial de Madrid*, FD 10º).

Todo acuerdo entre competidores relativo o que afecta a los descuentos sobre precios se presume anticompetitivo (SAN de 18/06/2008, recurso nº 548/2006, FD 5º), y en este caso ese efecto no se puede presumir insignificante. En primer término, porque el acuerdo del ICNA afecta a un mercado en el que la competencia en precios no ha sido tradicionalmente posible, y aún hoy se encuentra limitada por la propia Administración que fija un arancel o precio sobre el que el notario puede practicar, en unos casos, descuentos máximos y en otros ilimitados. En segundo lugar, afecta al precio de la prestación de un servicio que cabe presumir supra-competitivo, por cuanto parece que los notarios pueden mancomunar un porcentaje significativo de una parte relevante de sus ingresos totales sin que ello afecte al normal desarrollo de su actividad. Y en tercer lugar, el acuerdo del ICNA afecta potencialmente a todas las demarcaciones notariales de Asturias en las que existan dos o más notarías, y la información disponible en el expediente acredita que de los 14 notarios existentes en Gijón en el año 2004, 3 fueron los que aportan al fondo y 11 los que se reparten los 105.254,86 € aportados por aquéllos.

#### **Quinto.- Amparo legal del acuerdo de turno de compensación**

El ICNA alega que el acuerdo objeto de este expediente es conforme con la habilitación legal de la DA 10ª de la Ley 33/1987, y con la interpretación que de la misma hizo el TDC en la Resolución de 20 de junio de 2003 en relación con el artículo 2.1 de la Ley 16/1989 (LDC), confirmada por el Tribunal Supremo en sentencias de 27 de enero de 2007 y 9 de enero de 2008, por cuanto el turno de compensación por él adoptado tiene por objeto exclusivamente aquellas operaciones financieras que exijan la intervención de notario y sean otorgadas por alguna de las entidades de crédito que menciona la referida Disposición Adicional, que bajo el rótulo “*Exclusión del Instituto de Crédito Oficial, de las Entidades Oficiales de Crédito, de la Caja Postal de Ahorros y de las Cajas de Ahorros del turno de reparto de fedatarios públicos*”, dispone:

*“El Instituto de Crédito Oficial, las Entidades Oficiales de Crédito, la Caja Postal de Ahorros y las Cajas de Ahorros quedan excluidos del turno de reparto establecido por el artículo 4 de la Ley de 24 de febrero de 1941 respecto a las operaciones bursátiles y mercantiles que tienen a su cargo y que requieren la intervención de Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado. Asimismo quedan excluidos del turno de reparto respecto de todas aquellas operaciones que exijan la intervención de Notario público, Colegio Oficial o Junta Sindical, sin perjuicio de las disposiciones internas que, sobre mecanismos*

*compensatorios y mutualismo, establezcan los correspondientes órganos colegiales en relación con esta materia.”*

La DI ha aceptado que el acuerdo del ICNA respeta el ámbito subjetivo establecido por esta norma, y que por ello, en ese aspecto, el citado acuerdo no excede el ámbito subjetivo de la DA 10ª de la Ley 33/1987, como por el contrario sí sucedía con los mecanismos de compensación creados por los Colegios Notariales de Madrid y Bilbao objeto de los expedientes sancionadores del TDC 544/2002, Colegio Notarial de Madrid y 562/2003, Colegio Notarial de Bilbao.

En efecto, en la sentencia de 8 de enero de 2008 (de la Sección 6ª de la Sala 3ª, recurso 5299/2003), frente al criterio interpretativo sostenido por la Dirección General del Notariado en diversas Resoluciones y por algunos Tribunales Superiores de Justicia, el TS mantiene que los mecanismos compensatorios introducidos por la DA 10ª de la Ley 33/1987 deben circunscribirse al concreto ámbito subjetivo mencionado por la propia disposición normativa. En concreto, dice el Tribunal Supremo:

*“La citada Disposición contiene una precisa delimitación del ámbito subjetivo a que el contenido de la misma hace referencia, y que está limitado, según el contenido literal de su propio encabezamiento, a la "exclusión del Instituto de Crédito Oficial, de las Entidades Oficiales de Crédito, de la Caja Postal de Ahorros y las Cajas de Ahorro del turno de reparto de fedatarios públicos". Y, bajo tal premisa, es evidente que la introducción del mecanismo compensatorio a que el párrafo segundo de dicha Disposición hace referencia solamente puede entenderse enmarcable dentro del citado ámbito subjetivo, y solamente puede alcanzar a las actuaciones relacionadas con documentos en que intervenga la Caja de Ahorro, el Banco Hipotecario, el Instituto de Crédito Oficial y las Entidades Oficiales de Crédito, sin que las citadas normas compensatorias puedan extenderse, en aplicación de la citada Disposición Adicional, a todas las entidades financieras, públicas y privadas, y a toda la contratación financiera y bancaria, interpretando, como hace el recurrente en esta casación, la "materia" sobre la cual podrían darse los mecanismos compensatorios en términos que permiten extender su aplicación a todas las operaciones crediticias, y ello en función, -en opinión del recurrente-, de una interpretación sistemática de la norma, en relación con el contenido del párrafo primero de la misma en que se alude operaciones bursátiles y mercantiles, lo que permite -en su criterio- aplicar esos mecanismos compensatorios a todo tipo de escrituras en que incluso intervengan la banca privada.” (subrayado añadido).*

Esta interpretación restrictiva fue posteriormente seguida por la Sección 3ª de la misma Sala del TS en las sentencias antes citadas, pues en ellas se resuelve que los acuerdos de los colegios notariales de Madrid y Bilbao, por los que se regulaban distintos mecanismos de compensación de honorarios de notarios, no encuentran amparo legal ex artículo 2 de la LDC en relación con la referida DA 10ª, en la medida en que tales acuerdos colegiales también resultaban aplicables a la documentación financiera otorgada por las entidades de crédito privadas (SSTS de 2/06/2009 y 26/04/2010, confirmando las SAN de 26/09/2006 y de 23/11/2006, respectivamente).

No obstante, el Consejo considera que esta última jurisprudencia citada deja sin resolver, porque no resultaba necesario para la resolución de asunto, la cuestión de si los mecanismos de compensación restrictivos de la competencia que se ajusten al ámbito subjetivo y material de la tantas veces citada DA 10ª deben considerarse, en todo caso, exentos de la prohibición de acuerdos colusorios del art. 1 de la LDC por aplicación del art. 2.1 de la misma Ley. Dicho con otras palabras, la jurisprudencia no ha afirmado hasta la fecha que todo mecanismo de compensación de honorarios de notarios que se ajuste al ámbito de aplicación de la referida Disposición Adicional, aun siendo anticompetitivo, queda amparado por la exención legal del antiguo artículo 2 de la LDC, actualmente artículo 4.1 de la Ley 15/2007.

Al abordar esta cuestión, el Consejo considera adecuado recordar el criterio con el que debe ser interpretada la exención legal del artículo 2.1 de la LDC, que dispone: “...*las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley*”. Al respecto, el TDC tiene manifestado que “*la interpretación de los supuestos de amparo legal ha de ser estricta, e incluso restrictiva, pues solamente han de considerarse incluidos en la figura aquellas conductas que respondan a una voluntad explícita de legislador*” (entre otras, RTDC de 4/03/1999, Expte. r 335/98, Colegios Notariales). La pertinencia de esta interpretación restrictiva ha sido confirmada en numerosas sentencias del Tribunal Supremo (entre otras, en las ya citadas STS de la Sala 3ª de 9/06/2007, de 9/01/2008, de 2/06/2009 y de 26/04/2010).

Partiendo, pues, de la necesidad de limitar la aplicación de la excepción del artículo 2.1 de la LDC (que como ya dijo el TDC en su resolución antes citada, es una norma indeseable cuando se legisla pro-competencia) a aquellos supuestos en los que resulte explícita la voluntad del legislador de excluir una determinada conducta de la prohibición de acuerdos colusorios, el Consejo considera de especial relevancia resaltar que el legislador de la DA 10ª *in fine* ni quería, ni de hecho estaba autorizando, ninguna práctica restrictiva al adoptar tal norma, ya que al tiempo de su promulgación, por imperativo normativo, la competencia en precios entre notarios no era posible, y así lo reconoció el TDC en la resolución del expte. r 335/98, *Colegios Notariales*. Por tanto, *ratione temporis*, el contenido normativo que cabe atribuir a tal disposición no puede ser el de dar cobertura legal a “*un comportamiento que por sí mismo incurra en las prohibiciones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*” (STS de la Sala 3ª de 27/05/2005, FD 5º, que se reproduce en las STS antes citadas).

En consecuencia, respondiendo al criterio restrictivo con que debe ser interpretada la exención legal del artículo 2 de la LDC y en aplicación de los criterios de interpretación normativa del art. 3.1 del Código Civil, entre los que destaca la necesidad de interpretar las normas “*atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*”, este Consejo considera que la «aptitud restrictiva sobrevenida» de los fondos o mecanismos de compensación como los acordados por el ICNA no queda cubierta por lo dispuesto en la norma *in fine* de la DA 10ª de la Ley presupuestaria 33/1987, por cuanto no cabe inferir que la misma tenga por objetivo amparar mecanismos compensatorios desde la perspectiva del derecho de defensa de la competencia. Más aún, una interpretación de esta norma en el sentido que defiende el ICNA, dado el carácter anticompetitivo del

acuerdo controvertido, sí resultaría contraria a la voluntad expresamente liberalizadora y de introducción de competencia que motivaron los posteriores cambios normativos introducidos por la Ley 55/1999 (unificación de los cuerpos de notarios y corredores, cuyos aranceles era ya de máximos) y por el Real Decreto Ley 6/2000 (posibilidad de efectuar descuentos limitados sobre el arancel notarial).

En este sentido, resulta pertinente recordar que es pacífica la interpretación que afirma que el objetivo normativo de los mecanismos compensatorios del segundo párrafo de la DA 10ª citada fue el de evitar que la desaparición del turno, respecto de las operaciones financieras otorgadas por las entidades de crédito allí mencionadas, pudiera suponer un perjuicio relevante para determinadas notarías que hipotéticamente tenían garantizado su nivel de subsistencia con el turno de reparto de tales documentos. A este objetivo de solidaridad corporativa, la Dirección General de los Registros y el Notariado añadió el de defender la imparcialidad y la independencia del notario frente al poder de demanda de las entidades financieras y de crédito (STS de la Sala 3ª de 9/01/2009).

El acuerdo adoptado por el ICNA no expresa cuál es el objetivo perseguido, si el tradicional de la solidaridad notarial o el sobrevenido de preservar la independencia del fedatario mediante la lucha contra el clientelismo. En sus alegaciones señala que el fondo de compensación tiene una base mutualista semejante a otras instituciones propias del servicio notarial y orientadas a garantizar la prestación, la apertura y mantenimiento de la oficina pública, de conformidad con la Ley, en todas las oficinas públicas notariales con un mínimo de equilibrio, como por ejemplo, la congrua y las ayudas a notarios con despacho de mínimo volumen. Pero también afirma que el acuerdo sólo se aplicó en Gijón y Oviedo porque es en esas ciudades donde se concentran los documentos públicos notariales otorgados por las entidades financieras señaladas. Con independencia de que el ICNA no acredita la aptitud del mecanismo de compensación creado para alcanzar tales objetivos, al respecto procede recordar que el TDC primero y luego la jurisprudencia ha afirmado que:

*“2) Existen, y ello es indudable, mecanismos probadamente eficaces para garantizar la prestación por los notarios con la rapidez y calidad necesarias del servicio de carácter social al que se alude en el MC, desde la adopción de acuerdos que contemplen esa cuestión con los parámetros de generalidad necesarios, a la vía disciplinaria, o la imposición de obligaciones de servicio público a quien ostenta, como coinciden todas las partes, y naturalmente este Tribunal, la doble condición de funcionario público y profesional liberal. Por ello, no parece adecuado obviar esas vías de actuaciones y adoptar un acuerdo potencialmente restrictivo de la competencia que no tiene por finalidad acabar con una eventual situación de abuso, sino a lo sumo paliar sus efectos.*

*3) En cuanto a la garantía del principio de libre elección de notarios y la necesaria independencias de los mismos, solo cabe decir que, naturalmente, esa es una de las prioridades que debe informar la actuación del Colegio, pero sin embargo, no entendemos que el MC objeto de controversia sea el instrumento adecuado para ello, pues, además de su carácter sectorial, incide justamente en una actividad en la que viene operando en cierto grado la libre competencia que potencialmente puede restringir sin que la recurrente, que es a quien corresponde la carga de la prueba,*



*haya justificado las bondades del MC que defiende en orden a garantizar la libre competencia.” (SAN de 26/09/2006, FD 2º)*

En definitiva, el Consejo considera que el acuerdo adoptado por el ICNA el 17 de diciembre de 2003, por el que se aprueban con carácter obligatorio las normas del mecanismo de compensación de aplicación en aquellas poblaciones del Colegio en las que existan dos o más notarías, y en la medida en que es un acuerdo anticompetitivo, no resulta amparado por la DA 10ª de la Ley 33/1987 en relación con el artículo 2.1 de la LDC.

### **Sexto.- Determinación de la sanción**

Conforme a lo dispuesto por el artículo 46 de la LDC (Ley 16/1989), las resoluciones del Consejo de la CNC pueden ordenar el cese de la conducta declarada prohibida, imponer condiciones u obligaciones determinadas, ordenar la remoción de sus efectos, imponer multas, y ordenar su publicación en la forma que estime adecuada.

El artículo 10 de la misma Ley, en aplicación del principio de culpabilidad, establece que la imposición de una multa requiere concurrencia de culpa o dolo en el autor de la conducta anticompetitiva. El propio texto del acuerdo de 17 de diciembre de 2003 revela que el ICNA era conocedor de la opinión del TDC sobre el carácter anticompetitivo de los mecanismos de compensación creados por otros Colegios notariales, e igualmente no podía desconocer las distintas interpretaciones que existían sobre la eficacia de la DA 10ª de la Ley 33/1987 como norma que permitía excluir tales acuerdos de la prohibición de acuerdos anticompetitivos. No obstante lo cual, decidió adoptar el acuerdo señalado y aplicarlo en las demarcaciones de Gijón y Oviedo. El Consejo considera que esta conducta manifiesta, cuando menos, un comportamiento negligente o culposo, máxime cuando bajo la Ley 16/1989 existía el mecanismo de la autorización singular.

Como manifestación del principio de proporcionalidad de la sanción el núm. 2 del art. 10 de la LDC añade que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia; b) La dimensión del mercado afectado; c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente; d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; e) La duración de la restricción de la competencia; f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

A modo de agravantes, el Consejo ha tenido en cuenta que la conducta prohibida: (i) en tanto en cuanto es apta para afectar al precio del servicio en cuestión es de las más graves de las conductas restrictivas prohibidas; (ii) es apta para afectar a la libertad de elección de notario; (iii) ha sido aplicada por una corporación que agrupa a todos los operadores del mercado geográfico afectado; (iv) ha tenido aplicación y, por tanto, efectos sobre la competencia entre los notarios y sobre los usuarios del servicio notarial; (v) se ha aplicado en las dos ciudades donde se concentra la mayoría de la documentación financiera afectada por el acuerdo; un año en Gijón y más de 5 años en

Oviedo. Como atenuantes: (i) que el acuerdo no se aplicó en todas las demarcaciones de Asturias con dos o más notarías; (ii) que el TDC en las resoluciones precedentes sobre mecanismos de compensación no impuso sanción; (iii) y que esta es la primera Resolución en la que la autoridad de competencia, de forma expresa, considera que los mecanismos de compensación constituyen un reparto de rentas entre notarios anticompetitivo no amparado por la DA 10ª de la Ley 33/1987 en relación con el artículo 2 de la LDC (actualmente artículo 4.1 de la Ley 15/2007), incluso si se limitan al ámbito subjetivo de esa adicional.

En consecuencia, y considerando las multas impuestas en fechas más recientes por las autoridades de competencia catalana (Resolución de 31/05/2006, Expte. 11/05) y andaluza (Resolución de 8/06/2010, Expte. S/06/2010) por la autoría de conductas prohibidas de naturaleza y efectos restrictivos similares al acuerdo que es objeto de este expediente, el Consejo considera proporcionado imponer al Ilustre Colegio Notarial de Asturias una multa de 50.000 € Asimismo se considera necesario intimarle al cese de la conducta, así como a la difusión del texto íntegro de la resolución entre todos los notarios del Colegio, y la publicación de su parte dispositiva en dos periódicos de información general de los de mayor difusión, uno de ámbito nacional y otro en el ámbito del Principado de Asturias.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

## **HA RESUELTO**

**Primero.-** Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una conducta o decisión prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que es autor el Ilustre Colegio Notarial de Asturias, que ha consistido en la adopción, con fecha 17 de diciembre de 2003, por su Junta Directiva de un acuerdo sobre las normas de funcionamiento del turno de compensación de honorarios de notarios de aplicación en las poblaciones del Colegio en las que se hallen demarcadas dos o más notarías.

**Segundo.-** Intimar al Ilustre Colegio Notarial de Asturias a que cese en la conducta prohibida y a la derogación del acuerdo prohibido.

**Tercero.-** Imponer al Ilustre Colegio Notarial de Asturias una multa de 50.000 € (cincuenta mil euros) como autor de la infracción declarada en esta Resolución.

**Cuarto.-** Ordenar al Ilustre Colegio Notarial de Asturias, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, la publicación de su parte dispositiva en dos diarios de los de mayor difusión en el ámbito nacional y del Principado de Asturias. Asimismo, en el igual plazo, el Colegio Notarial remitirá copia íntegra de esta Resolución a todos los notarios pertenecientes al Colegio. En caso de

incumplimiento de alguna de estas dos obligaciones de publicidad, se podrá imponer al Ilustre Colegio Notarial de Asturias una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

**Quinto.-** El Ilustre Colegio Notarial de Asturias justificará ante la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia el cumplimiento de las obligaciones impuestas en los apartados anteriores.

**Sexto.-** Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.