

Id. Cendoj: 28079230062012100440
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 28/09/2012
Nº de Recurso: 60/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: LUCIA ACIN AGUADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la Competencia. mecanismo o turno de compensación de honorarios de los notarios del Colegio Notarial de Asturias.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 60/2011 que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Ilustre **COLEGIO NOTARIAL DE ASTURIAS** representado por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Gamarra Megías contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 20 de enero de 2011 (expediente S/0196/09) Colegio Notarial de Asturias sobre conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC (16/1989) consistente en un mecanismo o turno de compensación de honorarios de los notarios de aplicación en las poblaciones del Colegio Notarial de Asturias en las que se hallen demarcadas dos o más notarías. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 16 de febrero de 2011 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó resolución en el expediente S/0196/09 Colegio Notarial de Asturias sobre conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC con la siguiente parte dispositiva:

"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."

SEGUNDO: El 16 de febrero de 2011 la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra el anterior acto ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 26 de mayo de 2010 la parte solicitó *"dicte sentencia por la que, estimando íntegramente el presente recurso, declare nula de pleno derecho y sin efecto la citada resolución dictada con fecha 20 de enero de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia, en el expediente num S/0196/09, así como todos los actos administrativos habidos en el citado expediente, con los demás pronunciamientos que en derecho sea menester"*.

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 21 de julio de 2011. No se solicitó el recibimiento a prueba ni trámite de conclusiones, por lo que quedaron el 29 de julio de 2011 pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 18 de septiembre de 2012.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN AGUADO, Magistrada de la Sección.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El acto impugnado es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 20 de enero de 2011 (expediente S/0196/09) Colegio Notarial de Asturias.

Dicha resolución declara que 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 que establece que *"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o*

recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional".

La conducta que incurre en dicha prohibición ha consistido como indica la resolución recurrida en la adopción, con fecha 17 de diciembre de 2003, por la Junta Directiva del Colegio Notarial de Asturias 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. 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 10ª 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). Dicho acuerdo se aplicó en la ciudad de Gijón y en Oviedo desde el ejercicio 2004 hasta el 30 de junio de 2009.

Declara como autor al Colegio de Notarios de Asturias y le ordena el cese en la conducta prohibida, le impone una multa de 50.000 euros y dar publicidad a dicha resolución.

Al objeto de fundamentar el recurso la parte alega que la resolución recurrida es nula de pleno derecho por dos razones:

1. Se infringe lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley
2. Se infringe el principio de culpabilidad.

SEGUNDO: Para el enjuiciamiento de este recurso hay que partir como señala la parte actora que el caso aquí analizado es distinto que el examinado en las sentencias del Tribunal Supremo que ya se han pronunciado en el ámbito del derecho de la competencia sobre las normas de funcionamiento del turno de compensación de honorarios de notarios establecidas por otros Colegios Notariales. En concreto las sentencias del Tribunal Supremo que analizan esos casos son: STS de 2 de junio de 2009 que confirma sentencia de la Audiencia Nacional de 26 septiembre de 2006 que desestima el recurso interpuesto contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de junio de 2003 referida a un acuerdo del Colegio Notarial de Madrid de 17 de enero de 2001 y STS de 26 de enero de 2010 contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2003 referida a un acuerdo de Colegio Notarial de Bilbao de 17 de marzo de 1998 y de 17 de enero de 2001

Los supuestos analizados por el Tribunal Supremo se referían a acuerdos de diversos colegios que habían aprobado mecanismos compensatorios en los que se incluía:

- 1) la totalidad de las entidades financieras ya se tratara de la denominada banca pública o social a la que se refiere la literalidad de la DA décima de la Ley 33/1987 (ICO, entidades oficiales de crédito, Caja Postal de Ahorro y Cajas de Ahorro) como a la denominada banca privada.
- 2) La base sobre la que se efectuaba el cálculo de las aportaciones a efectuar por los notarios al fondo no tenían en cuenta los descuentos que pudieran hacer los notarios.

Esas sentencias del TS confirmaron la ilegalidad de los acuerdos colegiados porque los mismos habían extrasvasado tanto el ámbito subjetivo de la norma (DA décima de la Ley 33/1987) puesto que incluían a entidades financieras privadas, como el ámbito temporal de la misma en el sentido de que no habían tenido en cuenta la posibilidad de que el notario efectuara determinados descuentos desde junio de 2000 ya que el cálculo de las aportaciones no se realizaba sobre lo efectivamente cobrado por el notario otorgante, sino sobre lo que tal notario debería haber cobrado hubiera o no efectuado los descuentos legalmente admitidos.

En este caso el acuerdo del Colegio Notarial de Asturias de 17 de diciembre de 2003 es diferente ya que:

a) Se refiere sólo a las concretas entidades citadas en la DA décima de la Ley 33/1987 y por tanto ese sistema de compensación esta amparado por dicha norma.

b) El cálculo de las aportaciones a efectuar se realiza sobre lo expresamente cobrado por el notario, ya que es sobre factura emitida.

TERCERO: Considera el Colegio Notarial en primer lugar que dado que ha respetado escrupulosamente la DA décima de la Ley 33/1987 (lo que se reconoce por la CNC) no puede ser sancionado ya que su conducta está amparada en una norma con rango de ley siendo aplicable el artículo 2.1 de la LDC referido a " *conductas autorizadas por ley* " y que establecía en la redacción dada por la Ley 52/99. "*Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley*". En la ahora vigente Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007 de 3 de julio) la excepción se mantiene en los mismos términos "*las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley*".

Esta afirmación del recurrente supone admitir 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 ya que supone aplicar una excepción legal a una conducta prohibida por la Ley. Así el Tribunal Supremo en relación al artículo 2.1 de la LDC 16/1989 ha establecido que "*semejante cláusula está destinada a exceptuar de manera directa y específica conductas concretas que por sí mismas estarían incursas en las prohibiciones del artículo (STS de 4 de noviembre de 2008) o que este precepto se refiere de manera directa a acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que por sí mismas estarían incursas en el artículo 1 de la propia Ley pero que, por estar contempladas en una Ley o en las disposiciones reglamentarias dictadas en su ejecución, quedarían amparadas frente a dicho artículo 1"* (STS de 27 de octubre de 2005).

En este sentido el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado acerca del carácter restrictivo sobre la competencia de determinados tipo de mecanismos compensatorios establecidos por los colegios Notariales teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico existente en la fecha en que se adoptaron en la que se habían efectuado una serie de modificaciones legislativas para introducir mayor competencia en el mercado de prestación de servicios de la fe pública notarial: 1) fusión del cuerpo de agentes de cambio y bolsa y de corredores en el cuerpo de notarios d) plena libertad de precios en las pólizas mercantiles (artículo 2.3 del Real Decreto-Ley 6/1999 de 16 de abril que fijó un arancel de máximos, descuentos de hasta un 10% en los aranceles

de escrituras y sin mínimos si se supera en la escritura el umbral de 6.010.121,04 euros artículo 35 del Real Decreto Ley 6/2000). Teniendo en cuenta ello, el Tribunal Supremo (sentencia de 2 de junio de 2009) ha declarado que el mecanismo de compensación que analiza " *restringe la competencia al ser un acuerdo obligatorio que produce efectos sobre el mercado de prestación de servicios de fe pública registral pues afecta a los clientes de los despachos notariales, al limitar la posibilidad de que sean beneficiarios del sistema de descuentos previsto en el artículo 35 del Real Decreto -Ley 6/2001 y puede restringir la competencia entre notarios, porque, aunque pudiera justificarse su implantación por razones de base mutualista y de solidaridad entre los miembros del Colegio Profesional , puede distorsionar la competencia entre notarios y desincentivar a aquellos notarios profesionalmente más activos cuyas remuneraciones se reducen en razón de las aportaciones de los ingresos obtenidos al fondo, que están obligados a efectuar . A ello añade que no se ha acreditado que dicho mecanismo compensatorio constituya un instrumento estrictamente necesario para garantizar el correcto ejercicio de la fe pública notarial en la ciudad de ..., ni que existan otros medios menos restrictivos para conseguir el objetivo de mejorar la atención profesional respecto de aquellas actuaciones notariales de escasa rentabilidad o de cierta incomodidad pero de indudable interés social como sería la imposición de obligaciones de servicio público o la aplicación del código deontológico o el ejercicio de facultades disciplinarias para corregir eventuales abusos , salvaguardando los intereses legítimos de los usuarios.*

La cuestión a analizar por tanto en este fundamento de derecho es si el acuerdo está amparado por la excepción contemplada en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia al estar autorizado ese mecanismo de compensación por la disposición adicional décima de la Ley 33/1987 , lo que supone partir que el acuerdo del colegio notarial sobre las normas de funcionamiento del turno de compensación está incurso en la prohibición del artículo 1 de la Ley de defensa de la competencia .

La disposición adicional décima de la Ley 33/1987 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 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. "*

En este caso el turno de compensación se ajusta al tenor literal de la disposición adicional décima de la Ley 33/1987 . Ahora bien para no aplicar la prohibición del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , ello no es suficiente sino que es necesario conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 27 de octubre de 2005 y STS de 4 de noviembre de 2008) que esa Ley "*específicamente autorice acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que, de no ser por su mediación, estarían incursos en las prohibiciones del artículo 1*". Es decir que el contenido normativo de la misma sea el de "*exceptuar de las previsiones del artículo 1 de dicha Ley aquellas conductas concretas que el legislador quiere dejar fuera de dichas prohibiciones y setendría que haber dicho de manera inequívoca. "*

Considera esta Sala que ese mecanismo de compensación de honorarios de notarios que se ajusta al ámbito de aplicación de la disposición adicional décima de la Ley 33/1987 , no queda amparado por la exención legal del artículo 2.1 de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia (actualmente artículo 4.1 de la Ley 15/2007) y ello por lo siguiente:

1. Dicha disposición adicional no tenía por objeto amparar mecanismos compensatorios desde la perspectiva del derecho de la competencia dado que su contenido normativo no tenía como finalidad exceptuar de las previsiones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la competencia conductas referidas a normas de compensación entre notarios. Difícilmente una norma que es anterior a la Ley de Defensa de la Competencia puede establecer de forma inequívoca que tiene como finalidad exceptuar la aplicación de la misma. Como señala el recurrente dicha norma se dicta porque hasta el año 1985 el mercado hipotecario en España, esto es la posibilidad de que los bancos prestaran dinero garantizado con hipoteca sobre bien inmueble era un monopolio de derecho en el que prácticamente la única entidad financiera autorizada era el Banco Hipotecario y residualmente algunos bancos públicos (Banco de Crédito Local, Banco Industrial, etc.). En el otorgamiento de dichas escrituras de préstamo esas entidades públicas tenía que acudir a determinado notario según el turno de reparto ya que se entendía y se sigue entendiendo que siendo los notarios funcionarios públicos e iguales en derechos y obligaciones ante la Ley una Administración Pública dichas entidades públicas no podían elegir notario. Dicha situación cambia en el año 1985 momento en el que se autoriza a toda la banca a conceder préstamos con garantía hipotecaria. La banca privada estaba en una mejor posición competitiva ya que no quedaba sujeta en esas operaciones a autorizaciones previas o turnos de reparto a diferencia de la banca pública que debía acudir a proceso de concreción del notario que por turno de reparto correspondiera. La DA 10ª elimina el turno de reparto al ICO, entidades oficiales de crédito, la Caja Postal y Caja de Ahorros con el fin de agilizar las operaciones de tales entidades si bien permite que se establezcan formulas de compensación. Por lo tanto la finalidad de esas formulas de compensación era mantener sin el reparto igualdad de ingresos entre los colegiados que en ese ámbito existía. A ese objetivo de solidaridad corporativa la Dirección General de los Registros y Notariado añadió el defender la imparcialidad y la independencia del notario frente al poder de demanda de las entidades financieras y de crédito tal como señala la STS de 9 de enero de 2009 . En la fecha en que se dictó dicha norma (1987) la competencia en precios entre notarios no era posible por lo que no puede considerarse en ningún caso que el legislador pretendía autorizar una práctica restrictiva.

2. La disposición adicional décima de la Ley 33/1987 sólo contiene una habilitación para establecer sistemas de compensación en relación a las escrituras que otorguen las entidades de crédito que con anterioridad estaban incluidas en el turno de reparto y que a partir de dicha norma pasan a poder ser autorizadas por los notarios que elijan los otorgantes. Se trata de una habilitación general que no establece el contenido de esos sistemas de compensación y por tanto no se puede afirmar que ese concreto sistema de compensación está amparado por esa norma que se limita a conceder una habilitación de carácter general. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008 al examinar si el Código deontológico de la Abogacía vulneraba el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia al fijar unos honorarios mínimos prohibiendo la cuota litis en sentido estricto (los honorarios consistirían únicamente en un determinado porcentaje de los beneficios obtenidos, sin contemplar ninguna contraprestación por la labor profesional realizada en caso de que se pierda el pleito) en el que se alegó que se ajustaba a la Ley de Colegios Profesionales y por

tanto que dicha conducta se encuentra amparada por la excepción contemplada en el artículo 2.1 se señaló que *"la previsión legal de la Ley de Colegios Profesionales que habilita a éstos a regular el ejercicio de la profesión suponga una cláusula legal que exceptúe de las prohibiciones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia a las normas de ordenación profesional o deontológicas dictadas por los órganos colegiales. En particular, las habilitaciones contenidas en el artículo 5, letras i) y ñ) no suponen la previsión de ninguna conducta contraria a las prohibiciones del artículo 1 de la citada Ley reguladora de la competencia, sino tan sólo la habilitación genérica para dictar normas sobre las materias previstas en dichos apartados sobre la ordenación de la profesión y el establecimiento de baremos orientativos de honorarios"*.

3. Cuando se promulga la Ley 33/1987 y la posibilidad de articular, al desaparecer el turno de reparto, mecanismos de compensación entre notarios, la competencia en precios no era posible. A partir del año 2000, esa competencia es legal y existe. Por tanto, la DA 10ª de la Ley 33/1987 en absoluto pretendía excepcionar una conducta anticompetitiva sobre precios libres cuando en aquel momento los precios no eran libres. Al no contemplar el supuesto normativo (DA 10ª) un marco normativo de competencia en precios entre notarios, es contrario a derecho pretender extender el contenido de una norma a una realidad que la misma no podía contemplar pues no existía en el momento de la promulgación de la DA 10ª. Contrariando el artículo 3.1 del Código Civil , que impone la interpretación de las normas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, la actora apoyándose en la interpretación literal de la DA 10ª, la quiere aplicar a una realidad, competencia en precios entre notarios que no podía existir en la promulgación de la DA 10ª.

No desconoce esta Sala que la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2009 y que se reproduce parcialmente en la de 26 de abril de 2010 puede parecer contraria a estas conclusiones ya que analiza si la DA décima supone un reconocimiento por parte del legislador de la habilitación para establecer mecanismos compensatorios que permitan la aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la competencia y concluye que *" Tampoco la disposición adicional décima de la Ley 33/1987 de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1988 supone un reconocimiento por parte del legislador de la habilitación de los Colegios Profesionales para establecer a su arbitrio mecanismos compensatorios, que permitan la aplicación de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia , porque no cabe considerar autorizada ope legis la conducta del Colegio Notarial de Madrid, ya que dicha disposición sólo justifica la creación de mecanismos compensación en relación con el ámbito subjetivo de las entidades financieras que quedan excluidas del turno de reparto de fedatarios públicos."*

Ello podría interpretarse como que cualquier mecanismo compensatorio que se refiera exclusivamente a las escrituras que otorguen las entidades de crédito que con anterioridad estaban incluidas en el turno de reparto y que a partir de dicha norma pasan a poder ser autorizadas por los notarios que libremente elijan los otorgantes quedan al margen de la normativa de competencia al existir una exención legal.

No considera esta Sala que esa sea la conclusión a la que se pueda llegar ya que los supuestos analizados por el Tribunal Supremo (STS 2 de junio de 2009 y 26 de abril de 2010) se referían a acuerdos de diversos colegios que habían aprobado mecanismos compensatorios en los que se incluía la totalidad de las entidades financieras y no sólo a las que se refiere la literalidad de la DA décima de la Ley 33/1987 (ICO, entidades oficiales de crédito, Caja Postal de Ahorro y Cajas de Ahorro). En esos casos para llegar a la conclusión de que la DA décima de la Ley 33/1987 no

supone una autorización para inaplicar la prohibición del artículo 1 de la LDC se limitó a analizar si un determinado mecanismo de compensación establecido por un colegio notarial se ajustaba al ámbito de la DA décima de la Ley 33/1987 pero no si un mecanismo de compensación que se ajusta al ámbito de la DA décima de la Ley 33/1987 puede considerarse autorizado al amparo del artículo 2 de la LDC . En efecto para llegar a esa conclusión se remitió a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2008 en la que no se analizaba una posible vulneración del derecho de la competencia. En efecto (no era objeto del recurso una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia) sino la conformidad a derecho de una resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado que ratificó un acuerdo del Colegio Notarial que establecía un sistema de compensación al amparo de la DA décima de la ley 33/1987) en la que el objeto de discusión fue cual era el ámbito de dicha disposición si sólo era aplicable a las actuaciones relacionadas con documentos en que intervenga la caja de ahorros, el banco hipotecario, el ICO y las entidades oficiales de crédito o podía extenderse a todas las entidades financieras, públicas y privadas y a toda la contratación financiera y bancaria.

CUARTO: Alega el recurrente la ausencia de efectos anticompetitivos del acuerdo. Como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala tercera) de 4 de junio de 2009 C-8/08 caso T-Mobile Netherlands (29) *"para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006 [TJCE 2008, 273] Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers [TJCE 2008, 273] y (31)...para tener un objeto contrario a la competencia, basta con que la práctica concertada pueda producir efectos negativos en la competencia. Dicho de otro modo, sólo tiene que ser concretamente apta, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común. La cuestión de si tal efecto se produce realmente y, en su caso, en qué medida, únicamente puede ser relevante para calcular el importe de las multas y los derechos de indemnización por daños y perjuicios. "*

El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado acerca del carácter restrictivo de esos acuerdos. Partiendo del contexto jurídico y económico existente en la fecha en que se adoptaron en la que se habían efectuado una serie de modificaciones legislativas para introducir mayor competencia en el mercado de prestación de servicios de la fe pública notarial: 1) fusión del cuerpo de agentes de cambio y bolsa y de corredores en el cuerpo de notarios 2) plena libertad de precios en las pólizas mercantiles (artículo 2.3 del Real Decreto-Ley 6/1999 de 16 de abril que fijó un arancel de máximos, descuentos de hasta un 10% en los aranceles de escrituras y sin mínimos si se supera en la escritura el umbral de 6.010.121,04 euros artículo 35 del Real Decreto Ley 6/2000). Teniendo en cuenta ello, el Tribunal Supremo (sentencia de 2 de junio de 2009) ha declarado que los mecanismos de compensación que analiza *" restringe la competencia al ser un acuerdo obligatorio que produce efectos sobre el mercado de prestación de servicios de fe pública registral pues afecta a los clientes de los despachos notariales, al limitar la posibilidad de que sean beneficiarios del sistema de descuentos previsto en el artículo 35 del Real Decreto -Ley 6/d001 y puede restringir la competencia entre notarios, porque, aunque pudiera justificarse su implantación por razones de base mutualista y de solidaridad entre los miembros del Colegio*

Profesional, puede distorsionar la competencia entre notarios y desincentivar a aquellos notarios profesionalmente más activos cuyas remuneraciones se reducen en razón de las aportaciones de los ingresos obtenidos al fondo, que están obligados a efectuar . A ello añade que no se ha acreditado que dicho mecanismo compensatorio constituya un instrumento estrictamente necesario para garantizar el correcto ejercicio de la fe pública notarial en la ciudad de ..., ni que existan otros medios menos restrictivos para conseguir el objetivo de mejorar la atención profesional respecto de aquellas actuaciones notariales de escasa rentabilidad o de cierta incomodidad pero de indudable interés social como sería la imposición de obligaciones de servicio público o la aplicación del código deontológico o el ejercicio de facultades disciplinarias para corregir eventuales abusos , salvaguardando los intereses legítimos de los usuarios."

QUINTO: En cuanto a la sanción considera esta Sala que no consta acreditado el elemento subjetivo de la culpabilidad tal como alega el recurrente. Como hemos razonado anteriormente la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2009 y que se reproduce parcialmente en la de 26 de abril de 2010 podrían interpretarse como que cualquier mecanismo compensatorio que se refiera exclusivamente a las escrituras que otorguen las entidades de crédito que con anterioridad estaban incluidas en el turno de reparto y que a partir de dicha norma pasan a poder ser autorizadas por los notarios que libremente elijan los otorgantes quedan al margen de la normativa de competencia al existir una exención legal. Por otra parte como pone de relieve el recurrente la adopción del acuerdo de turno de compensación (diciembre de 2003) es posterior en 6 meses a la decisión del TDC de 20 junio de 2003 confirmada en vía jurisdiccional por sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2006 a su vez confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2009 y en la que se señala que " *El Tribunal no puede admitir que la Disposición Adicional 10ª de la Ley 33/1987 confiera amparo legal al acuerdo denunciado pues tal disposición se refiere exclusivamente a las entidades de crédito hasta entonces incluidas por su carácter público en el turno de reparto.*" A continuación reproduce párrafos de la resolución 335/98 Colegios Notariales, de 4 de marzo de 1999, en la que se indica en relación a la exención legal prevista en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia que "*De todo cuanto anteriormente ha quedado expuesto se deduce 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 del legislador.*" "*Aplicando estos razonamientos al supuesto que se contempla en el presente expediente, hay que concluir que la interpretación estricta del precepto contenido en la disposición transcrita conduce a afirmar con rotundidad que los acuerdos adoptados por el Consejo General del Notariado y el Colegio Notarial de Barcelona no encuentran amparo en esa norma. En efecto, el acuerdo del Consejo General del Notariado no se refiere exclusivamente a las escrituras en las que intervienen quienes antes de la norma estaban sometidos a turno de reparto (ICO, Entidades Oficiales de Crédito, Caja Postal y Cajas de Ahorros), sino que extiende el mecanismo compensatorio a las escrituras en las que intervengan la totalidad de las entidades de crédito y financiación, y en el acuerdo del Colegio de Cataluña lo extiende a la totalidad de las escrituras, por lo que no se puede afirmar que se trate de conductas amparadas en la norma."*

SEXTO: Conforme a lo razonado procede estimar parcialmente el recurso interpuesto. No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal del **ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE ASTURIAS** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 20 de enero de 2011 (expediente S/0196/09) que se anula exclusivamente en la parte que acuerda imponer una multa al Ilustre Colegio Notarial de Asturias una multa de 50.000 € (cincuenta mil euros). No se hace condena en costas.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.