

Roj: SAN 6058/2006
Id Cendoj: 28079230062006100631
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 432/2004
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintitres de noviembre de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número **432/2004**, se tramita, a instancia del Colegio Notarial de Bilbao, representado por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 21 de junio de 2003 (expediente 562/2003), sobre conductas prohibidas por la *ley 16/1989, de Defensa de la Competencia*, en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y en el que ha intervenido como parte codemandada D. Jose Ángel, representado por el Procurador D. Isacio Calleja García, siendo la cuantía del mismo indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal del Colegio Notarial de Bilbao interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 8 de octubre de 2004, y la Sala, por providencia de fecha 15 de octubre de 2004, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

El 16 de noviembre de 2004 la representación procesal de D. Jose Ángel, presentó escrito en el que solicitó ser tenido por parte y la Sala, en providencia de 18 de noviembre de 2004 lo tuvo por personado en condición de parte codemandada.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno. Igualmente en su turno contestó a la demanda la parte codemandada.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 14 de noviembre de 2006.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales,

previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 21 de julio de 2004.

Son antecedentes fácticos a tener en cuenta en la presente sentencia:

1) Como consecuencia de dos denuncias formuladas ante el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), la primera, el día 22 de mayo de 2000 por 9 Notarios de Bilbao, y la segunda, el día 22 de mayo de 2002, por D. Jose Ángel , Notario de Erandio, hoy parte codemandada en este recurso, contra el Ilustre Colegio de Abogados de Bilbao, el referido Servicio tramitó expediente en el que emitió Informe Propuesta, de fecha 9 de junio de 2003, en el que proponía al Tribunal de Defensa de la Competencia:

PRIMERO.-Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia se declaren prohibidos por el *artículo 1.1 de la Ley de 16/1989 de 17 de julio (RCL 1989\1591) de Defensa de la Competencia* los siguientes ACUERDOS:

1. El de 28 de marzo de 1990 que aprueba la Norma IV del Título I que modifica el turno de reparto, incluyéndolo en el mecanismo compensatorio.

2. El de fecha 17 de marzo de 1998 que modifica las Normas anteriores, introduciendo la Banca Privada en el mecanismo compensatorio.

3. El de 30 de abril de 1999 en el que se establece un Mecanismo Compensatorio especial para el denunciante Sr. T..

Al tratarse de Acuerdos que podrían afectar al precio de los servicios notariales que los clientes tienen que pagar del que es responsable el Colegio Notarial de Bilbao.

SEGUNDO.-Que se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el *artículo 46 de la Ley de Defensa de la Competencia* .

2) Los Acuerdos del Colegio Notarial de Bilbao de 28/03/1990, 17/03/1998 y 30/04/1999, a que se refiere el expediente sancionador seguido ante el SDC y TDC, se encuentran en el propio expediente y figuran transcritos, en la parte que interesa, en los Hechos Probados de la Resolución del TDC, y en aras de la brevedad se tienen aquí por reproducidos.

3) Tal y como resume los hechos la propia parte actora, los referidos Acuerdos aprobaron la aplicación de un Mecanismo Compensatorio (MC) que, al igual que en otros Colegios Notariales, consiste en un fondo que se nutre de las aportaciones de los Notarios, en particular de aquellos que autoricen un muy elevado número de documentos. Los beneficiarios del fondo eran los Notarios con menores ingresos y las operaciones sujetas al mismo eran las de préstamo, crédito, garantías o arrendamientos financieros, así como sus respectivas cancelaciones y modificaciones, siempre y cuando intervinieran entidades financieras, sean estas públicas o privadas.

4) El TDC resolvió el expediente en Resolución ya citada, de 21 de julio de 2004, impugnada en el presente recurso, cuya parte dispositiva tiene en siguiente contenido:

1º. Declarar que los acuerdos de 28 de marzo de 1990, por el que se aprueba la Norma IV del Título I que modifica el turno de reparto, incluyéndolo en el incremento compensatorio; de 17 de marzo de 1998, por el que se modifican las normas anteriores, introduciendo la Banca Privada en el mecanismo compensatorio, y de 30 de abril de 1999 en el que se establece un mecanismo compensatorio especial para el denunciante Sr. T., del Colegio Notarial de Bilbao infringen el *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (RCL 1989\1591)* .

2º. Intimar al Colegio Notarial de Bilbao para que cese en la práctica de dichos acuerdos y de acordar en el futuro mecanismos de este tipo.

3º. Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en un diario de ámbito nacional, a costa de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Bilbao.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: a) la LDC no resulta de aplicación, b) el Mecanismo Compensatorio no restringe la competencia ni infringe, en consecuencia, el *artículo 1 LDC*, c) el Mecanismo Compensatorio goza de amparo legal con arreglo al *artículo 2 LDC*, y d) el pronunciamiento *segundo* del fallo es contrario a derecho.

El Abogado del Estado contesta que la Ley de Colegios Profesionales sujeta los Acuerdos de los Colegios a las limitaciones impuestas por la LDC, que el Mecanismo Compensatorio produce el efecto potencial de desincentivar la competencia, que la conducta del Colegio recurrente carece de amparo legal y que la intimación que contiene la Resolución impugnada está amparada por el *artículo 46.2.a) LDC*.

La parte codemandada contesta igualmente la demanda, oponiéndose a sus argumentos y solicitando la confirmación íntegra de la Resolución impugnada y de la totalidad de sus pronunciamientos.

TERCERO.- Tratamos seguidamente de las cuestiones que plantea la demanda, siguiendo el orden en el que aparecen en la misma. Debemos señalar que la Sala se ha pronunciado respecto de dos de dichas cuestiones [identificadas con las letras b) y c) del apartado anterior] en la sentencia de 26 de septiembre de 2006 (recurso 580/2003), por lo que respecto de estas cuestiones nos atendremos a lo ya razonado en dicha sentencia, por razones de unidad de criterio.

Sobre la cuestión de la sujeción de los Acuerdos del Colegio Notarial de Bilbao a la LDC, debemos tener presente que el *artículo 2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (LCP)*, según redacción de la *Ley 7/1997, de 14 de abril (RCL 1997\880)*, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, dispone en su apartado 2 y 4 que:

"...el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia...."

"...Los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica observarán los límites del *artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (RCL 1989\1591), de Defensa de la Competencia* ...".

Los Acuerdos del Colegio Notarial de Bilbao se refieren a un Mecanismo Compensatorio que es de aplicación en las operaciones de préstamo, crédito, garantías o arrendamientos financieros, cancelaciones y modificaciones de todo ello, en que intervengan entidades de crédito o de financiación, públicas y privadas, mediante la aportación por los Notarios de unas cantidades a un Fondo de Compensación, de acuerdo con unos porcentajes y escalas, lo que afecta, sin duda, a los derechos arancelarios devengados por los Notarios intervinientes, así como, en último término, al precio de los servicios notariales que pagan los usuarios y clientes.

Parece claro que tales Acuerdos afectan a las materias de oferta de servicios y fijación de remuneración, que el *artículo 2 LCP* declara expresamente sujetas a la LDC.

Por otro lado, no existe contradicción entre la sujeción de los Acuerdos del Colegio Notarial de Bilbao a la LDC que ahora afirmamos y los razonamientos de nuestra sentencia de 8 de julio de 2002 (JUR 2003\59670), primero, porque dicha sentencia se refiere a un Acuerdo aprobado en el año 1996, contemplando por ello la situación jurídica existente anterior a la *ley de medidas liberalizadora en materia de Colegios Profesionales 7/1997*, antes citada, que introdujo las modificaciones en la LCP que sujetan determinadas actividades de los Colegios Profesionales a la *LDC*, *segundo*, porque la sentencia citada por la recurrente confirma íntegramente la Resolución impugnada (Resolución del TDC de 4 de marzo de 1999), que no contiene ninguna afirmación sobre la exclusión de la actuación de los Colegios Profesionales a la aplicación de la *LDC*, y *tercero*, porque dicha sentencia afirma que junto a una actuación de los Colegios Profesionales en el ejercicio de las funciones propias de su ámbito administrativo, existen otras actuaciones de los Colegios ajenas al contenido de sus funciones públicas, que se encuentran extramuros del derecho administrativo y sometidas a las reglas de defensa de la competencia, entre las que se encuentran, por su propia naturaleza y por disposición además del *artículo 2.2 y 2.4 de la LCP*, en la redacción dada por la *ley 7/97*, los acuerdos, decisiones y recomendaciones de trascendencia económica, así como los que se refieren a la oferta de servicios de los colegiados y fijación de su remuneración, materias estas en las que incide el Mecanismo Compensatorio acordado por el Colegio Notarial de Bilbao, como antes se ha indicado.

CUARTO.- En nuestra sentencia de 26 de septiembre de 2006 (recurso 580/2006), hemos examinado las cuestiones de si una conducta similar a la que examinamos -en aquella ocasión era el establecimiento de un Mecanismo Compensatorio por Acuerdo del Colegio Notarial de Madrid-, es contraria al *artículo 1 LDC* y, en caso afirmativo, si encuentra amparo en el *artículo 2 LDC* . Decíamos en dicha sentencia:

PRIMERO: El objeto del presente proceso lo constituye un Acuerdo de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Madrid que establece con carácter obligatorio para todos los colegiados de la capital, un Mecanismo Compensatorio (MC) que viene a crear un fondo constituido por aportaciones obligatorias de los notarios que autoricen o intervengan documentos financieros que excedan de los promedios establecidos, todo ello con la finalidad de mitigar el exceso de acumulación de asuntos de una misma entidad financiera en pocas notarias, y equilibrar la desproporción entre el número de actas y testamentos y documentos financieros autorizados por algunos notarios. La previsión del fondo es la de aplicarlo a los notarios que autoricen documentos financieros en número inferior a la media siempre que superen la media de autorizaciones de actuaciones notariales de carácter social.

Se cuestiona la compatibilidad del MC con el *artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio sobre Defensa de la Competencia* (LDC).

SEGUNDO: En primer lugar la demanda se centra en la idea de que el Mecanismo Compensatorio (MC) anulado por el TDC no restringe la competencia en el sentido del *artículo 1 de la LDC* , apreciación que no compartimos por las siguientes razones:

1) Al tiempo de valorar la compatibilidad del Acuerdo cuestionado con las reglas de la libre competencia, debe tenerse muy presente el marco normativo y la realidad del mercado afectada por el mismo, lo que descarta la aplicación mimética de los precedentes invocados por la recurrente pues se refieren a situaciones fácticas sustancialmente distintas de las que son objeto del presente proceso. En este contexto debe destacarse, como hacen los denunciantes, el TDC y la codemandada, la incidencia del *Real Decreto Ley 6/2000 de 24 de junio* que liberaliza en parte los honorarios notariales permitiendo descuentos de hasta el 10% e incluso la fijación libre de honorarios si la operación excedía de mil millones de pesetas, a lo que debe añadirse el hecho singular y relevante de la unificación del Cuerpo de Notarios con el de Corredores de Comercio con efectos de 1 de octubre de 2000.

En estas circunstancias, al existir competencia en el mercado, carece de justificación la adopción de un MC 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. En este sentido resulta especialmente gráfica la llamada que los codemandados hacen al Colegio Notarial para que entre a investigar la comisión de aparentes abusos que pudieran realizarse en el ámbito del mercado hipotecario en el que a simple vista se aprecia una abrumadora concentración de documentos en muy pocas notarias. No podemos por menos que compartir el planteamiento del TDC cuando afirma que la incidencia del MC en el mercado delimitado tendría, razonablemente, efectos anticompetitivos pues dificulta notablemente la posibilidad de efectuar descuentos y reduciría en consecuencia la competencia entre notarios.

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.

Por último se alega la escasa incidencia económica del MC, argumento insuficiente para justificar su

aprobación ante los argumentos expuestos sobre su limitación de la competencia en un sector en la que una nueva normativa empieza a surtir sus efectos.

TERCERO: Por lo que a la segunda de las cuestiones planteadas respecta, esto es, la posibilidad de que el Acuerdo goce de amparo legal, nuevamente debemos mostrar nuestra disconformidad con las tesis de la recurrente pues en nuestra opinión no existe el referido amparo. Ni la Ley de Colegios Profesionales, dada su proyección exclusivamente interna y de naturaleza organizativa, ni, a pesar de los intensos esfuerzos de la recurrente, la DA 10 de la *Ley 33/1987*, que es claro, como recuerda el TDC en su resolución, que se refiere solo a las entidades de crédito que anteriormente estaban incluidas en el turno de reparto por ser entidades públicas que pasaron a someterse a las reglas del mercado

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de autorización de la conducta, nuevamente debe rechazarse la pretensión, tanto por razones formales de falta de petición inicial, como, básicamente, por el hecho de que la recurrente no ha acreditado que concurran las circunstancias que aconsejen su concesión, desplazando de forma indebida la prueba hacia el TDC.

QUINTO.- El Segundo pronunciamiento de la parte dispositiva de la Resolución impugnada contiene la intimación al Colegio Notarial de Bilbao para que cese en la práctica de dichos acuerdos y de acordar en el futuro mecanismos de este tipo.

Tendría razón la parte actora en considerar que el TDC está vulnerando las competencias propias del Colegio Notarial de Bilbao si efectuamos una lectura de la intimación fuera de su contexto, pero no existe ninguna extralimitación en la Resolución impugnada si ponemos la orden de cesación de la conducta prohibida en relación con el primer pronunciamiento de la parte dispositiva, en el que se identifican los Acuerdos que infringen el *artículo 1 LDC*.

Por tanto, el TDC amparado en el *artículo 46.2, letra a) LDC*, ordena la cesación de las prácticas prohibidas por el *artículo 1 LDC*, que ha identificado previamente, y añade la orden al Colegio infractor para que cese en la práctica "...de acordar en el futuro mecanismos de este tipo", es decir, del tipo de los prohibidos por el *artículo 1 LDC*, por lo que dicha limitación nace directamente de la LDC y existe y obliga al Colegio recurrente, esté o no incluida en la parte dispositiva de la Resolución impugnada, por lo que la Sala no considera que el TDC haya incurrido en el exceso que le imputa la demanda.

SEXTO.- 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:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal del Colegio Notarial de Bilbao, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 21 de junio de 2003, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el *artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Iltmo. Sr. D. JOSE M^º DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-