



Recurso N°: 5763/2006 - A

21

RECURSO CASACION Num.: 5763/2006

Votación: 26/05/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. Alfonso Llamas Soubrier

Blanco

19-06-09

Ag

SENTENCIA

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: TERCERA**

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Fernando Ledesma Bartret

Magistrados:

D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. Óscar González González

En la Villa de Madrid, a dos de junio de dos mil nueve .

VISTO el recurso de casación número 5763/2006, interpuesto por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, en representación del COLEGIO NOTARIAL DE MADRID, con asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2006, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 580/200e, seguido contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de junio de 2003, que resolvió

declarar que el Acuerdo de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Madrid de 17 de enero de 2001, de establecer con carácter obligatorio para todos los colegiados un mecanismo compensatorio de los ingresos entre los notarios de la plaza, infringe el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, intimando al Colegio para que se abstenga de poner en práctica dicho Acuerdo y de acordar en el futuro mecanismos de este tipo, y denegar la autorización singular del mencionado Acuerdo. Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado y la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS AUSBANC CONSUMO, representada por la Procuradora Doña María José Rodríguez Teijeiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 580/2003, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, cuyo fallo dice literalmente:

«Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. Sin costas. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.»

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal del COLEGIO NOTARIAL DE MADRID recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de fecha 2 de noviembre de 2006 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal del COLEGIO NOTARIAL DE MADRID recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y, con fecha 27 de diciembre de 2006, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«Que teniendo por presentado este escrito, junto con las copias que lo acompañan, y por realizadas las manifestaciones en el mismo contenidas, se sirva admitirlo teniendo a esta parte por personada y por interpuesto recurso de casación contra la sentencia de 26 de septiembre de 2006 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 580/2003, acuerde su admisión, y previos los trámites oportunos, lo estime, declare haber lugar al recurso y anule la sentencia recurrida, todo ello por los motivos expuestos en el cuerpo de este escrito.»

CUARTO.- La Sala, por providencia de fecha 5 de junio de 2007, admitió el recurso de casación.

QUINTO.- Por providencia de 2 de julio de 2007 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS AUSBANC CONSUMO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso, lo que efectuaron con el siguiente resultado:

1º.- El Abogado del Estado, en escrito presentado el día 24 de julio de 2007, expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, tener por formalizado a nombre del Estado escrito de oposición al presente recurso ordinario de casación interpuesto contra la Sentencia de 26 de septiembre de 2006, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (autos 580/2003); seguir el procedimiento por sus trámites y, en su día, dictar sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando la sentencia recurrida en cuanto declara conforme a Derecho la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 20 de junio

de 2003, impugnada en autos; todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.».

2º.- La Procuradora Doña María José Rodríguez Teijeiro, en representación de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS AUSBANC CONSUMO, en escrito presentado el día 19 de septiembre de 2007, expuso, asimismo, los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«que, teniendo por presentado en tiempo y forma este escrito, lo admita, y en virtud de lo expuesto en el cuerpo del mismo, se tenga por comparecida a AUSBANC CONSUMO y por formalizada la OPOSICIÓN frente al RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el COLEGIO NOTARIAL DE MADRID, dictándose Sentencia desestimatoria del recurso de casación presentado de contrario, confirmándose en su integridad, en consecuencia, la Sentencia de 26 de septiembre de 2006 de la Sección Sexta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, imponiéndose las costas originadas a la parte contraria.».

SEXTO.- Por providencia de fecha 17 de febrero de 2009, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 26 de mayo de 2009, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación

Constituye el objeto del presente recurso de casación que enjuiciamos la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-

Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2006, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal del COLEGIO NOTARIAL DE MADRID contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de junio de 2003, que resolvió en su parte dispositiva declarar que el Acuerdo de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Madrid de 17 de enero de 2001, que establece un mecanismo compensatorio de honorarios de los notarios de la plaza, infringe el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, intimar al Colegio para que se abstenga de poner en práctica dicho Acuerdo y acordar en el futuro mecanismos de este tipo, y denegar la autorización singular del mencionado Acuerdo.

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

La Sala de instancia declara la conformidad a Derecho de la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia impugnada con base en las siguientes consideraciones, que se exponen en los fundamentos jurídicos segundo y tercero de la sentencia recurrida:

«[...] 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 denunciante, 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 notarías. 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.

[...] 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 concurren las circunstancias que aconsejen su concesión, desplazando de forma indebida la prueba hacia el TDC.».

TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación interpuesto por la representación procesal del COLEGIO NOTARIAL DE MADRID se articula en la exposición de dos motivos, que se fundan al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate.

En la formulación del primer motivo de casación se denuncia que la Sala de instancia ha aplicado erróneamente los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia al Colegio Notarial de Madrid, en cuanto que no toma en consideración que dicho Colegio profesional estableció el mecanismo compensatorio en su condición de Administración pública, y en pos del interés público, en el ejercicio de las potestades de autorregulación, amparado en lo dispuesto en el artículo 5 apartados i), p) y ñ) de la Ley sobre Colegios Profesionales y en el artículo 134 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, infringiendo, por ello, la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas expuesta en la sentencia de 19 de febrero de 2002 (Asunto C-309/99), en relación con la aplicación del artículo 81 del Tratado.

En el desarrollo de este motivo de casación se aduce que la sentencia recurrida incurre en error al rechazar la aplicación de la exención legal prevista en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley sobre Colegios Profesionales, en la medida en que no aprecia que la adopción del mecanismo compensatorio «resulta de la aplicación de la Ley», y se aparta, sin motivación clara, de sus propios precedentes, ya que en la sentencia de ese órgano judicial de 8 de julio de

2002, concluyó que el Acuerdo Recomendación aprobado por el Consejo General del Notariado de 1 de agosto de 1996, sobre establecimiento de un mecanismo compensatorio de honorarios de todas las escrituras otorgadas por cualesquiera entidades financieras de crédito, resultaba conforme a la normativa de la competencia.

El segundo motivo de casación reprocha a la sentencia recurrida la aplicación errónea del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por no analizar la conducta del Colegio Notarial de Madrid en su contexto jurídico y económico en el que se desarrolla la función pública fedataria, lo que le distingue de la actuación de otros Colegios profesionales, pues desconoce aspectos esenciales de la función notarial, debido a que «el Notario es un profesional liberal que ha de actuar en sano ejercicio de su profesión, intentando maximizar su beneficio, mientras que por el otro, es un funcionario público que ejerce funciones públicas y ha de guiarse por el interés general» (sic), de donde se desprende que el mecanismo compensatorio, por ser una medida adoptada por el Colegio Notarial en el ejercicio de sus potestades administrativas, queda excluido de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

Se argumenta, en la exposición de este segundo motivo de casación, que el mecanismo compensatorio constituye una garantía del ejercicio eficiente de la función notarial y fomenta la competencia, al promover la libre elección de Notario, y que, debido a la escasa incidencia en el mercado, y las circunstancias del mecanismo compensatorio, que tiene el exclusivo fin de corregir un número limitado de casos extremos de concentración de ciertos documentos en los que son parte entidades financieras en determinados despachos, procede el sobreseimiento del expediente al no ser susceptible de afectar de manera significativa a la competencia.

CUARTO.- Sobre la improsperabilidad del recurso de casación.

El primer y el segundo motivos de casación, que examinaremos conjuntamente, deben ser rechazados, pues consideramos que la Sala de instancia no ha incurrido en error jurídico en la interpretación aplicativa de los artículos 1 y 2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al apreciar, aceptando los criterios jurídicos que fundamentan la

resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de junio de 2003, que el mecanismo compensatorio aprobado por Acuerdo de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Madrid de 17 de enero de 2001, es incompatible con las reglas de la libre competencia, en cuanto constituye una conducta prohibida que puede producir el efecto de restringir la competencia, en la medida en que afecta a la remuneración de los colegiados e incide directamente en la determinación del precio de los servicios prestados por los fedatarios públicos, en relación con la posibilidad de efectuar descuentos sobre los aranceles, que autoriza el artículo 35 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 24 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, que no está amparado en las potestades de autorregulación organizativa de los Colegios Profesionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, ni tiene cobertura en lo previsto en la Disposición Adicional Décima de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 y, por ello, no resulta autorizable.

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.

En este sentido, cabe significar que el artículo 2.4 de la Ley sobre Colegios Profesionales, en la redacción debida a la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios profesionales, establece que «los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con transcendencia económica observarán los límites del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de

dicha Ley», lo que permite deducir la condición de los Colegios profesionales de sujetos activos de los ilícitos competitivos, no obstante su reconocimiento como Corporaciones de Derecho Público, en cuanto sus conductas afecten a la libre prestación de servicios, por lo que no procede determinar, en abstracto, selectivamente un ámbito material de conductas relacionadas con las funciones que ejercen los Colegios profesiones, que, por su naturaleza o su contenido regulatorio, quede excluido o exceptuado a priori de la aplicación de 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:

«Antes de examinar si la concreta conducta por la que fue sancionado el Consejo General de la Abogacía está incurso o no en las prohibiciones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia es conveniente determinar si, como dice la Sala de instancia, los Colegios Profesionales sólo están sometidos a la legislación de defensa de la competencia cuando actúan con sometimiento a derecho privado, y no en aquellos supuestos en que ejerzan competencias públicas, esto es, cuando actúen con carácter de Administración Pública en ejercicio de las funciones que les atribuya la Ley. Parte así la Sentencia de la tesis de que "la Administración Pública, actuando como tal, no se encuentra sometida al principio de libre competencia -y ello dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de Derecho Público que ocupa-"; entiende además la Sala de instancia que una actuación de carácter público por parte de un Colegio Profesional implica por sí la aplicabilidad del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia: "la afirmación de que el comportamiento de la recurrente lo fue en el ejercicio de funciones propias de su ámbito administrativo nos llevaría a la ineludible conclusión, dado el principio de habilitación legal, de que opera el artículo 2 de la Ley 16/1989, y por ello la conducta no podría ser sancionada ni prohibida por el Tribunal de Defensa de la Competencia".

Pues bien, es preciso dejar sentado que ambas tesis son erróneas. Ni el ejercicio de funciones públicas exime a un Colegio Profesional -ni a la Administración Pública en general- de su

sometimiento a la legislación de defensa de la competencia, ni la habilitación legal con que necesariamente actúan las Administraciones Públicas o las entidades que ejerzan funciones públicas implica, por su sola existencia, la aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En efecto, en cuanto a lo primero, esta Sala ha declarado ya en varias ocasiones que, en principio, la Administración pública está sometida a la Ley de Defensa de la Competencia y, en general, a la legislación que garantice en los diversos ámbitos la libre competencia. Así lo hemos declarado, por ejemplo, en la Sentencia de 19 de junio de 2.007 (RC 9.449/2.004):

[...]

Antes de proceder al examen de los tres motivos en que se funda el recurso de casación resulta pertinente hacer algunas consideraciones previas relativas a la naturaleza de la actuación de la entidad mercantil Bilbao Ría 2000, S.A., que motivó la denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia y de la que traen causa las presentes actuaciones.

Como se ha indicado ya, la denuncia se formula en relación con la inclusión de una determinada condición en el pliego de condiciones de un concurso público convocado en 1.999 por la mencionada sociedad mercantil Bilbao Ría 2000, S.A., de capital público y sin ánimo de lucro, integrada por Administraciones y sociedades públicas correspondientes a las Administraciones central y vasca al 50%. En virtud de estas características, a la citada sociedad anónima le es de aplicación lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que impone a las sociedades mercantiles con capital mayoritariamente perteneciente a las Administraciones públicas, organismos autónomos o entidades de derecho público, como es el caso, la obligación de ajustarse en su actividad contractual "a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".

Conviene, en primer lugar, despejar las dudas que suscitan algunas consideraciones efectuadas tanto por las resoluciones administrativas impugnadas en el procedimiento a quo como por la Sentencia de instancia en relación con el sometimiento de la conducta denunciada al derecho de la competencia. Así, en cuanto al Tribunal de Defensa de la Competencia, si bien afirma en principio el sometimiento de los actos administrativos a las exigencias de la Ley de Defensa de la Competencia, deduce del artículo 10 de este

cuerpo legal que sólo es posible sancionar a los agentes económicos y demás sujetos enumerados en el mismo "debiéndose excluir, por tanto, la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia a la Administración Pública cuando no actúa con tal carácter, en cuyo caso estará sujeta al Derecho Administrativo, pero no al principio de libre competencia". Y si bien examina, pese a ello, si la conducta litigiosa está comprendida entre las prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, descarta directamente la supuesta infracción de los artículos 6 y 7 por no haber sido realizada dicha conducta como operador económico, sino como Administración pública, actuando en cumplimiento de los servicios de interés público que le encomienda la Ley. Concluye por ello el regulador que la referida actuación puede ser impugnada de acuerdo con criterios de legalidad ante esta jurisdicción, pero no ante los órganos de defensa de la competencia.

Esta tesis es reiterada por la Sala juzgadora, que asumiendo el principio de sujeción de la actuación de la Administración pública a la legislación sobre competencia, rechaza la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia por razones de fondo, mientras que descarta la de los artículos 6 y 7 por actuar la denunciada "como una Administración subordinada al cumplimiento de los fines de interés general que tiene encomendados, por lo que no le será de aplicación los artículos 6 y 7 de la LDC, aunque sí los de la normativa que regula la actuación de la Administración Pública".

Frente a tal exclusión parcial del sometimiento de la actuación de las Administraciones públicas al derecho de la competencia cuando actúan como tales administraciones públicas, hay que afirmar la plena sujeción de las mismas a dicha regulación, sin que pueda objetarse a ello la dicción literal del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia como argumenta el Tribunal de Defensa de la Competencia. En efecto, el que dicho precepto hable de agentes económicos no debe entenderse en el sentido de que sólo pueden ser sancionados de acuerdo con el mismo aquellos agentes sometidos al derecho privado y no al derecho administrativo, sino como una referencia a cualquier sujeto que actúe en el mercado, aun en los casos en los que las propias Administraciones públicas o los organismos y sociedades de ese carácter lo hagan sometidos en mayor o menor medida al derecho administrativo. En este sentido, aunque en virtud de la ya mencionada disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas la sociedad codemandada esté sometida a los principios de publicidad y concurrencia y su actuación deba conceptuarse

como sometida en parte al derecho administrativo, ello no obsta a que su actividad externa pueda ser enjuiciada en todo caso desde la normativa de defensa de la competencia.

[...]

Por lo que respecta a la cláusula estipulada en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, también se ha pronunciado esta Sala estableciendo que no puede equipararse con una simple previsión o habilitación legal para actuar en beneficio de una Administración Pública o entidad de carácter público. Ello supondría, precisamente, el exceptuarlas de manera genérica del sometimiento al derecho de la competencia pues, por principio, las Administraciones Públicas o entidades que ejercen poder público sólo actúan en ejercicio de potestades atribuidas por la Ley. La cláusula del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia debe entenderse, por el contrario, como una previsión legal que autoriza a una conducta que, por sí misma, estaría incurso en las prohibiciones del artículo 1 de la Ley. Sobre ello volveremos más adelante.

Hay que partir, pues, del pleno sometimiento de los Colegios Profesionales a la Ley y al Tribunal de Defensa de la Competencia -hoy Comisión de la Competencia-, sean cuales sean las funciones que ejerzan y el carácter público o privado de las mismas. Por lo demás resulta claro que la función de ordenación de las profesiones colegiadas y su regulación deontológica, así como, en concreto, el establecimiento de criterios sobre remuneración, todo ello con carácter vinculante, constituye una potestad de innegable carácter público, sin la cual no podría ser obligatoria para los colegiados.

Pero es que, además, la propia Ley de Colegios Profesionales se encarga de dejar sentado tal sometimiento de los Colegios a la regulación sobre competencia en las concretas funciones que nos interesan aquí, como la propia Sala de instancia se ve forzada a reconocer incluso a partir de su equivocado planteamiento. En efecto, el artículo 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales, reproducido más arriba, establece que el ejercicio de la profesiones tituladas se ha de realizar en régimen de libre competencia y, más específicamente todavía, se ordena que dicho ejercicio "estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley de Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal". Y, por si hubiera alguna duda, el apartado 4 del mismo artículo estipula expresamente que "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, sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de dicha Ley".

Debe subrayarse además que los citados incisos derivan de la reforma de la Ley de Colegios Profesionales efectuada por la Ley

7/1997, de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en materia de Suelo y de Colegios Profesionales. Desde la explicación dada en la exposición de motivos al propio tenor del nuevo texto de los preceptos referidos se pone en evidencia la específica intención del legislador de que la actividad profesional de los colegios se ajuste a la regulación del derecho de la competencia.

Digamos también que este sometimiento a la legislación nacional de defensa de la competencia es independiente de lo que pueda establecer el derecho comunitario respecto de la admisibilidad de la conducta sancionada, cuestión a la que luego nos referiremos. Otra cosa es -y esto resulta ser la razón en la que, en definitiva, se apoya la Sentencia de instancia para exculpar al Consejo actuante de la infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia- que la decisión del Consejo se limite a reproducir una decisión estatal y no le fuese imputable, por tanto, la responsabilidad de haber adoptado una conducta contraria al citado precepto. A ello nos referimos también más adelante.».

Por ello, consideramos que la apreciación de la Sala de instancia, de estimar que el mecanismo compensatorio de honorarios, promovido por la Junta Directiva del Colegio Notarial de Madrid, constituye una conducta anticompetitiva, no es irrazonable, pues entendemos que tiene el efecto de restringir la competencia en el sentido del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en cuanto que, dadas sus características -integra a todos los documentos financieros otorgados por cualquier entidad de crédito pública o privada, sin incluir las escrituras inmobiliarias, y, particularmente, su carácter obligatorio para los colegiados-, produce efectos sobre el mercado de prestación de servicios de fe pública y la libre competencia, 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 en precios 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.

Asimismo, entendemos que la Sala sentenciadora no desconoce ni contradice la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que, a juicio de la recurrente, en la invocada sentencia de 19 de

febrero de 2002 (C-309/99), considera que acuerdos de Colegios profesionales relacionados con la necesidad «de establecer normas de organización y deontología que proporcionen la necesaria garantía de honorabilidad y competencia a los usuarios finales de los servicios jurídicos y a la buena administración de justicia», aunque pudieran tener efectos restrictivos sobre la competencia, no serían contrarios al artículo 81 del Tratado, pues, en el supuesto enjuiciado, no se ha acreditado, como pone de relieve el Tribunal de instancia, que dicho mecanismo compensatorio constituya un instrumento estrictamente necesario para garantizar el correcto ejercicio de la fe pública notarial en la ciudad de Madrid, 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.

Por ello, cabe rechazar que la Sala de instancia haya eludido en el enjuiciamiento de la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de junio de 2003 el análisis del contexto jurídico y económico en el que se desarrolla la función pública notarial, y haya desconsiderado la condición del notario como profesional del Derecho que ejerce su función al servicio del interés general, porque, aceptando como *punctum saliens* que el notario es un funcionario público que realiza su actividad de fedatario, conforme a las Leyes, autorizando los documentos contractuales y demás actos extrajudiciales, con independencia e imparcialidad, que ejerce su función en el marco de una profesión liberal reglada, sometida al control del Estado, y, en consecuencia, que la función notarial tiene naturaleza pública, consideramos que el Tribunal ha tenido en cuenta que la conducta del Colegio Notarial de Madrid, aunque pretenda ampararse en los principios que ordenan el notariado, y, concretamente, en el principio de eficiencia y en el principio de solidaridad notarial, al que aludimos en la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1998 (RC 5575/1993), no ha ponderado adecuadamente los efectos restrictivos sobre la competencia y la afectación que el mecanismo compensatorio de honorarios produce en el mercado de referencia de prestación de servicios de fe pública en la ciudad de Madrid, limitando la acción de los notarios, ya que no cabe considerar, desde las perspectivas cualitativa y cuantitativa, que tenga una relevancia menor y

carezca de trascendencia para traspasar el umbral exigible que justifica la actuación declarativa e intimatoria del Tribunal de Defensa de la Competencia ex artículos 9 y 25 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en la medida en que interfiere en la libertad de negociar descuentos con los clientes.

La Sala de instancia no incurre en error jurídico al descartar la aplicación de la exención legal contemplada en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, porque no cabe considerar que el Acuerdo de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Madrid de 17 de enero de 2001, que crea el mecanismo compensatorio «resulte de la aplicación de una Ley», y, concretamente, tenga amparo legal en el artículo 5 de la Ley sobre Colegios Profesionales, porque, como hemos expuesto, la competencia del Colegio para ordenar la actividad profesional de los colegiados, no justifica el establecimiento de mecanismos compensatorios de honorarios de las características analizadas que restringen la libre competencia entre fedatarios públicos.

En este sentido, sostenemos 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 Notariales 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 legal sólo justifica la creación de mecanismos de compensación en relación con el ámbito subjetivo de las entidades financieras que quedan excluidas del turno de reparto de fedatarios públicos.

Procede consignar que, en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2008 (RC 5299/2003, rechazamos la tesis que propugna el Colegio Notarial recurrente en este recurso de casación, en relación con la interpretación de la Disposición Adicional décima de la Ley 33/1987, en los siguientes términos:

«En el desarrollo del único motivo casacional a que al principio hacíamos referencia, entiende la Corporación recurrente que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil, el texto legal ha de ser interpretado en el sentido que manifiesta el recurrente,

afirmando que la interpretación dada por el Tribunal de instancia contradice las reglas hermenéuticas alzaprímado una interpretación literal, frente a un criterio finalista, acorde con la realidad social en que hoy día debe aplicarse la normativa sobre turno de reparto y régimen interno de compensación, a tenor de los cambios producidos desde que la misma se estableció en los artículos 126 y 134 del Reglamento Notarial de 1.944, invocando un criterio material de justicia y expresando que, con el alcance dado por el Tribunal de instancia, se llegaría a una situación de ineficacia al resultar inalcanzable el fin pretendido, pues los operadores económicos generadores de documentación en masa son entidades crediticias que nunca han estado sometidas a turno de reparto.

En definitiva, sostiene el Colegio Notarial recurrente que la citada disposición adicional contiene una habilitación expresa a favor de la Administración corporativa para establecer disposiciones autorreguladoras en materia de compensación de honorarios y que no sólo se mantienen las facultades en el ámbito del artículo 134 del Reglamento Notarial sino que la alusión a "materia" no debe entenderse vinculada a las entidades ahora excluidas, sino a la expresión "operaciones bursátiles y mercantiles" que se mencionan en el párrafo primero de la citada Disposición y, con ello, en general a las operaciones crediticias, las realice quien las realice, lo cual sería lógica consecuencia, -dice- de que se trataba de crear una situación de igualdad dentro del mercado crediticio hipotecario abierto ahora a la banca privada.

Termina el recurrente invocando la sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, de 8 de julio de 2.002 que entiende es favorable a la interpretación que el recurrente defiende.

[...] En el escrito de oposición los recurrentes en instancia, que han obtenido un pronunciamiento parcialmente favorable de su pretensión anulatoria, afirman que <<El Reglamento Notarial en sus artículos 126 y 134, y la Disposición Adicional Décima de la Ley 33/87 hacen referencia de forma indubitada a una serie de documentos públicos en los que participan determinadas entidades financieras, en los que se apoya un sistema de solidaridad entre notarios. Ese sistema de solidaridad era en un momento el turno de reparto para la formalización de esos documentos y, en un momento posterior, ese turno de reparto se sustituye por un mecanismo de compensación. Dicho en términos vulgares, en lugar de determinarse que los documentos deben ser formalizados por los notarios según el reparto que para su elevación a escritura pública establezca el Colegio Notarial, el sistema de compensación da libertad para que cualquier notario pueda formalizar esos documentos en escritura pública, liberando el turno de reparto, pero creando la obligación de que los notarios aporten una determinada cantidad del costo de esas escrituras a un sistema de compensación que dará lugar posteriormente a una distribución de ese fondo de compensación entre los notarios.

Se modifica de esta manera el mecanismo de solidaridad pasando de una distribución o reparto de la formalización de escritura ante notario a una distribución o reparto de los ingresos que la elevación a escritura pública de esos documentos ocasiona.

La argumentación de los recurrentes intenta sustituir esta interpretación sistemática y gramatical de la Disposición Adicional Décima de la Ley 33/1987 por una interpretación, no ya finalista o teleológica, sino absolutamente voluntarista. Frente a los argumentos utilizados en la jurisprudencia reseñada, los recurrentes no aducen ningún criterio que razonablemente invite a modificar dicha interpretación. Es más, esa pretensión de extender un sistema de compensación generalizado a todo tipo de documentos públicos, sin limitación de los sujetos obligados, requeriría una base legal explícita y específica que la Ley 33/1987 no contiene.

Esta interpretación significa una tal modificación del sistema de compensación que es impensable jurídicamente su realización sin acudir a una normativa de carácter general y explícita que así lo realice, no pudiendo estar justificado el que esa modificación tuviera lugar a través de una disposición adicional contenida en la Ley de Presupuestos. Tal como lo recuerda la propia sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la Disposición Adicional Décima de la Ley 33/1987 habría superado con creces el campo o la materia susceptible de ser recogida en la regulación contenida en la Ley de Presupuestos.>>

[...] De los términos en que el debate ha sido planteado en vía casacional se deduce que la cuestión única suscitada a través del motivo casacional articulado en el escrito de interposición de la corporación recurrente se centra en interpretar el contenido de la Disposición Adicional Décima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1.988 antes transcrita.

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.

Tal interpretación no solamente está en contradicción con el ámbito subjetivo, claramente delimitado por el propio rótulo bajo el que se dicta la disposición enjuiciada. Por ello, la supuesta finalidad atribuida a la norma para la consecución de una igualdad y lucha contra el clientelismo no permite la interpretación pretendida, que desborda el ámbito subjetivo de la Ley, aparte de que la consecución de los fines a que la recurrente alude pueden efectivamente lograrse con otros mecanismos. Debe tenerse además en cuenta, al incidir esos mecanismos compensatorios en el principio de libre competencia profesional, el criterio interpretativo del Tribunal Constitucional, en relación con las regulaciones más o menos restrictivas en el ejercicio de la función, pues, como recuerda dicho Tribunal en su Sentencia 93/1.992, la función de ordenar la profesión que contempla con carácter general el artículo 3 de la Ley de Colegios Profesionales, al socaire del artículo 36 de la Constitución, solamente puede ser ejercida dentro de los límites marcados por las atribuciones otorgadas por la ley, las cuales deben ser objeto de una interpretación estricta, con fundamento, como añade el Tribunal, en que según éste expresó en sentencia 83/1984, las regulaciones que limitan la libertad de quienes desarrollan actividades profesionales y empresariales no dependen del arbitrio de las autoridades o corporaciones administrativas.

En definitiva, no cabe extender la posibilidad de establecimiento de mecanismos compensatorios fuera de los estrictos límites subjetivamente delimitados establecidos por la Disposición Adicional y una interpretación de distinto signo necesitaría el establecimiento de la misma por norma con rango de ley que expresamente lo permitiera, de donde resulta la nulidad de la norma en los términos en que así fue declarada por la sentencia de instancia. Lo contrario supondría una interpretación no acorde con el contenido de la Disposición que se examina así como el espíritu y finalidad de la norma, en contravención con lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil, sin que la citada interpretación resulte contradictoria con la jurisprudencia que el recurrente invoca que no viene referida a los preceptos de la referida Ley de Presupuestos y las Disposiciones reguladoras del turno de reparto y del mecanismo de compensación a que se refieren los artículos 126 y 134 del Reglamento Notarial.»

En último término, conforme a los criterios jurisprudenciales expuestos, descartamos que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional se haya apartado indebidamente de sus precedentes decisiones, en relación con la aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, porque el supuesto enjuiciado en la sentencia de ese órgano jurisdiccional de 8 de julio de 2002 (RCA 373/1999), que, a juicio de la recurrente, ampararía el establecimiento de mecanismos compensatorios de honorarios, descansa en una base fáctica y jurídica distinta al caso examinado en el presente recurso de casación, pues no cabe eludir ni las diferencias existentes entre los mecanismos compensatorios adoptados por el Acuerdo Recomendación del Consejo General del Notariado de 1 de agosto de 1996 y por el Acuerdo de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Madrid de 17 de enero de 2001, ni la legislación aplicable *ratione temporis*, dada la reforma de la Ley de Colegios Profesionales por la Ley 7/1997, de 14 de abril, y la incidencia del artículo 35 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 24 de junio.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente los dos motivos de casación articulados, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del COLEGIO NOTARIAL DE MADRID contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2006, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 580/2003.

QUINTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Primero.- Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del COLEGIO NOTARIAL DE MADRID contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2006, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 580/2003.

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales del presente recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Fernando Ledesma Bartret.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- María Isabel Perelló Doménech.- Óscar González González.- Rubricados.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.