

RESOLUCIÓN (Expte. r 335/98, Colegios Notariales)

Pleno

Excmos. Sres.:
Petitbò Juan, Presidente
Berenguer Fuster, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alonso Soto, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 4 de marzo de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Luis Berenguer Fuster, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 335/98 (número 1865/98 del Servicio de Defensa de la Competencia) de recurso interpuesto por Don Josep-Alfons López Tena, Notario del Ilustre Colegio Notarial de Cataluña, contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia, de 17 de septiembre de 1998, por el que se archivaban las actuaciones que tuvieron su origen en la denuncia formulada por el recurrente contra el Consejo General del Notariado, la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Cataluña y otros Colegios Notariales por prácticas contrarias a los artículos 1 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por escrito que tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio) el día 18 de agosto de 1998, Don Josep-Alfons López Tena, Notario de Barcelona, formuló denuncia contra la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, la Junta Directiva del Colegio Notarial de Cataluña y en la medida en la que hubieran adoptado determinado acuerdo contra las Juntas Directivas de los restantes Colegios Notariales de España.
2. Los hechos denunciados consisten en un Acuerdo-Recomendación aprobado por el Consejo General del Notariado de 1 de agosto de 1996 en cuya virtud se recomendaba la inclusión en el mecanismo compensatorio de honorarios, de

todas las escrituras otorgadas por cualesquiera entidades de crédito o financiación públicas o privadas no sujetas a turno oficial y que documenten actos o negocios jurídicos típicos de su actividad financiera. La inclusión en ese mecanismo compensatorio implicaba la aportación a un fondo de un porcentaje de honorarios no inferior al 10 por ciento con la finalidad de ser distribuido entre los Notarios de forma inversamente proporcional al volumen de trabajo alcanzado.

En cumplimiento de esta recomendación, el Colegio Notarial de Cataluña aprobó un porcentaje de los honorarios recaídos en esas escrituras que alcanza el veinte por ciento. Adicionalmente estableció un porcentaje de aplicación del tres por ciento de los honorarios sobre las restantes escrituras.

3. Recibida la denuncia, y tras incorporar al expediente un informe de la Dirección General de Registros y Notariado procedente de otras actuaciones, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia dictó un Acuerdo en fecha 17 de septiembre de 1998 por el que consideraba que los acuerdos del Consejo General del Notariado y de la Junta del Colegio Notarial de Cataluña eran restrictivos de la competencia y desaniman la iniciativa de algunos notarios al provocar una redistribución de ingresos, aunque no afectaran al consumidor ni en cuanto al precio ni en cuanto a su capacidad de elección de notario, por lo que podían caer bajo la prohibición del artículo 1 LDC, si bien gozaban del amparo legal a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de la misma Ley. El amparo legal a los acuerdos denunciados se desprendía del tenor literal de la Disposición Adicional Décima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988. En consecuencia, acordó el archivo de las actuaciones.
4. Contra el expresado Acuerdo, en fecha 30 de septiembre, el denunciante Sr. López Tena interpuso recurso ante el Tribunal a tenor de lo dispuesto en el artículo 47 LDC. En su recurso se alegaba en contra de la existencia de una norma que amparara las conductas denunciadas, manifestando incluso sus dudas sobre la constitucionalidad de una norma ajena a la materia presupuestaria e incluida en una Ley de Presupuestos Generales.
5. Recibido el recurso, el Tribunal ofició al Servicio para que manifestara la fecha en la que fue notificado el Acuerdo recurrido, así como que emitiera el correspondiente informe. Cumplido este trámite y comprobado que el recurso se había presentado dentro de plazo, en fecha 15 de octubre de 1998 se concedió plazo para alegaciones, y por Providencia de 30 del mismo mes se nombraron nuevos interesados.

6. Dentro del plazo concedido para alegaciones formuló su escrito la representación conjunta de los Colegios Notariales, no habiéndolo hecho el recurrente.
7. El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia deliberó y adoptó la presente Resolución en sus reuniones de 2 y 9 de febrero de 1999, encargando su redacción al Vocal Ponente.
8. Son interesados:
 - D. Josep-Alfons López Tena
 - Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España
 - Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Cataluña
 - Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Albacete
 - Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Baleares
 - Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Bilbao
 - Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Burgos
 - Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Cáceres
 - Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Granada
 - Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de La Coruña
 - Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Las Palmas
 - Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Madrid
 - Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Oviedo
 - Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Pamplona
 - Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Sevilla
 - Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Valencia
 - Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Valladolid
 - Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El Acuerdo recurrido admite que los acuerdos adoptados constituyen conductas restrictivas de la competencia, pero que gozan del amparo legal a que se refiere el artículo 2.1 LDC, ya que la Disposición Adicional Décima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988 dispone la siguiente:

"Décima.- El Instituto de Crédito Oficial, las Entidades Oficiales de Crédito, la Caja Postal de Ahorros y las Cajas de Ahorro quedan excluidos del turno de reparto establecido por el art. 4º de la Ley de 24 de febrero de 1941 respecto a las operaciones bursátiles y mercantiles que tienen a su cargo y que requieren la intervención de Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado.

Asimismo quedan excluidos del turno de reparto respecto de todas aquellas operaciones que exijan la intervención de Notario público, Colegio Oficial o Junta Sindical, sin perjuicio de las disposiciones internas que, sobre mecanismos compensatorios y mutualismo, establezcan los correspondientes órganos colegiales en relación con esta materia."

El análisis de los acuerdos adoptados por los Colegios Notariales no permite llegar a la misma conclusión que el Servicio. En efecto, la disposición transcrita tuvo como finalidad, en lo que respecta a la intervención notarial, suprimir la obligación de turnar las escrituras otorgadas por ciertas entidades financieras: ICO, Entidades Oficiales de Crédito, Caja Postal de Ahorro y Cajas de Ahorro. A partir del 1 de enero de 1988 estas entidades podrían, al igual que las restantes entidades crediticias y financieras, elegir libremente el notario para el otorgamiento de las escrituras en las que intervinieran. Ahora bien, como quiera que la desaparición del turno en tales escrituras podría suponer la disminución de ingresos de determinados notarios, que hipotéticamente tenían garantizado su nivel de subsistencia con el turno de reparto, la propia norma previó que los colegios notariales establecieran algún sistema compensatorio. Así se deduce del propio texto de la norma con meridiana claridad, luego se puede concluir que la existencia del mecanismo compensatorio previsto en la disposición adicional transcrita se refiere única y exclusivamente a las escrituras que otorguen las entidades de crédito que con anterioridad estaban incluidas en el turno de reparto y a partir de dicha norma serían autorizadas por los notarios que libremente elijan los otorgantes.

Resulta preciso confrontar la conclusión anterior con el contenido de los acuerdos denunciados, para observar si están acogidos al amparo legal previsto en el artículo 2.1 LDC. Para ello es preciso realizar una serie de consideraciones previas acerca de este precepto. En primer lugar, resulta necesario recordar que el precepto incluido en el artículo 2.1 LDC contiene una excepción a la aplicación de la prohibición de ententes colusorias incluida en el artículo 1 de la misma Ley. En segundo lugar, se puede indicar que no solamente se trata de una excepción sino que se trata de una excepción que resulta indeseable para el legislador. Ello resulta del hecho cierto que supone el reconocimiento de que una norma tenga que recordar que algunos de sus preceptos no se aplican porque existe otra norma que así lo establece, de lo cual se traduce que el principio de una competencia libre que no quede afectada por acuerdos entre operadores económicos no rige porque existe una norma anticompetitiva que los órganos encargados de la defensa de la competencia deben respetar. No es preciso insistir en este argumento porque de su propia formulación se deduce que, cuando se legisla pro-competencia, resulta poco grato recordar la existencia de normas anticompetitivas. Por ello, la propia norma limita el amparo legal a aquellos supuestos en los que la excepción a la aplicación resulte de la voluntad explícita del legislador, aun

cuando haya sido concretada en un reglamento de desarrollo de una Ley, no de cualquier reglamento. Pero no sólo ello, el carácter indeseable de esa excepción se traduce en el artículo 2.2 de la misma Ley cuando establece que el Tribunal de Defensa de la Competencia, si se encuentra con la imposibilidad de prohibir una conducta colusoria porque la permite una Ley, puede dirigirse al Gobierno para que promueva su modificación.

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.

2. Por el recurrente se plantean dudas acerca de la constitucionalidad de la Disposición Adicional décima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988. Es cierto que se trata de una norma de contenido no presupuestario contenida en una ley presupuestaria, por lo que cabría plantear esa cuestión, por otra parte ya resuelta por el Tribunal Constitucional en el sentido de considerar que las Leyes de Presupuestos solamente deben regular cuestiones relacionadas con la materia presupuestaria (la aplicación de esta doctrina ha incluso motivado la aprobación de leyes denominadas coloquialmente como "de acompañamiento") pero ni este Tribunal está autorizado a plantear cuestiones de constitucionalidad, ni es preciso que lo haga, ya que con anterioridad se ha argumentado que el tenor literal de la Disposición Adicional transcrita no autoriza la extensión dada a los acuerdos denunciados.
3. Se ha planteado igualmente la cuestión relativa a la naturaleza de los acuerdos colegiales denunciados y si se trata de actividad administrativa de los colegios o bien de actividad susceptible de ser sometida a las normas de la competencia. Es cierto que los Colegios Profesionales, como Corporaciones

públicas que son, forman parte de la denominada Administración institucional y participan de una doble naturaleza: administración pública y gremio de profesionales, por lo que en cada caso será preciso analizar cuál es la función que desarrollan. Si ello es cierto, no es menos cierto que el Tribunal tiene una larga tradición en aplicar las normas concurrenciales a los acuerdos de los colegios profesionales de contenido económico. Esta línea ha sido consolidada con la reforma legal de los colegios profesionales introducida por el Real Decreto-Ley de 7 de junio de 1996 y su posterior conversión en Ley de 14 de junio de 1997 tras la tramitación parlamentaria. A partir de esa modificación legal ya no cabe discusión sobre algo que el Tribunal venía afirmando desde tiempo atrás: a los acuerdos de los colegios profesionales con trascendencia económica se les aplica la LDC.

4. El Acuerdo recurrido parte del hecho de que los acuerdos que se denunciaron son restrictivos de la competencia, aunque no afecten al consumidor ni en el precio ni en cuanto a la capacidad de elección de notario.

El denunciante, por su parte, afirma que el acuerdo del Consejo General del Notariado constituye una recomendación colectiva que tiene por objeto falsear o restringir la competencia fijando condiciones comerciales o de servicio, repartiendo el mercado de documentos notariales y aplicando condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. En cuanto al acuerdo de la Junta del Colegio de Barcelona, según el denunciante, no sólo incurre en las mismas causas de ilicitud concurrencial que el acuerdo del Consejo General, sino que, además, constituye un acto de competencia desleal por constituir actos de confusión y engaño, a tenor de lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal.

Llama la atención de este Tribunal que el debate contradictorio habido entre recurrente y denunciados se haya centrado en la cuestión relativa a la existencia o inexistencia de amparo legal de las conductas denunciadas sin entrar a analizar la cuestión fundamental que consiste en responder a la siguiente pregunta: ¿son anticompetitivas las conductas denunciadas? Dar respuesta a tal cuestión precisa analizar los argumentos expresados por el denunciante, ya que el Servicio estima que la respuesta es afirmativa sin añadir ningún argumento adicional.

En primer lugar, el denunciante considera que se trata de un acuerdo de fijación de precios y condiciones de comercialización, por lo que está incluido en el artículo 1.1.a) LDC. No puede ser admitido este argumento, ya que los acuerdos de fijación de precios son precisamente de eso, de precios, es decir, de la retribución que se abona por la entrega de bienes o prestación de servicios. También la referencia a las condiciones de comercialización han de ser referidas a aquéllas que caracterizan la presencia de las prestaciones en

el mercado, circunstancias que no concurren en los acuerdos de reparto de honorarios. Esta consideración implica que sería anticompetitivo si afectara a aquello que pagan los clientes de los notarios, pero no al destino que éstos le dan a sus ingresos, obligados, debida o indebidamente, por sus corporaciones. En cuanto a las condiciones de prestación de servicios, sí que existe una cierta competencia entre los notarios; en efecto, dentro de la pericia en Derecho que todos tienen, unos estarán más especializados en ciertas materias que otros, o bien habrán actualizado mejor sus conocimientos, o bien unos tendrán unas instalaciones más cómodas o prepararán los documentos con mayor rapidez, y por ello los clientes optarán por unos notarios u otros, que no por el precio. Pero los acuerdos aquí denunciados ni afectan a los precios, que son fijos según el arancel, ni a las condiciones en las que prestan sus servicios a los terceros y, por lo tanto, no se puede afirmar que se produzca la afectación al mercado y a la libre competencia.

En segundo lugar, se alega que se trata de un acuerdo de reparto del mercado de documentos notariales. Tampoco este razonamiento parece asumible. El reparto del mercado se ocasiona por el sistema de turno de reparto, que aún subsiste en determinados supuestos que tienen amparo legal, pero los acuerdos presuntamente anticompetitivos no contienen sistemas de reparto, sino deducción colegial de las retribuciones para compensar a notarios con menor nivel de ingresos. No se halla aquí, en consecuencia, un acuerdo que pueda ser incluido en el artículo 1.1.c) LDC.

En tercer término, considera el denunciante-recurrente que los acuerdos denunciados constituyen una infracción del artículo 1.1.d) por cuanto suponen la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Tampoco con este razonamiento puede el Tribunal mostrar su conformidad. El precepto alegado está referido a las condiciones que se aplican a los terceros contratantes, puesto que con el mismo se pretende que en virtud de acuerdos no se perjudique a terceros que, en virtud de obtener los bienes o servicios en peores condiciones que otros, quedan situados en desventaja competitiva, y no ocurre tal cosa en el supuesto de aplicación de los acuerdos denunciados.

Es necesario realizar una última consideración. Se ha argumentado con anterioridad que, a juicio de este Tribunal, no existe la infracción de los apartados concretos del artículo 1.1 LDC que cita el denunciante. Ahora bien, los supuestos incluidos en las letras a),b),c) y d) del artículo 1.1 LDC constituyen algunas de las modalidades que revisten las ententes colusorias, definidas en el apartado introductorio o cláusula general, pero hay que analizar si existe infracción de esa cláusula general contenida en el artículo 1.1 LDC, es decir, si nos encontramos ante un acuerdo o una recomendación que tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia.

Para realizar ese análisis es preciso recordar que, como en ese punto señala acertadamente el Servicio, el acuerdo no tiene efectos frente a terceros ya que no afecta ni al precio de los servicios ni a la libre elección de notario ni puede añadirse, tampoco al nivel medio de prestación de los servicios, pues a todos los notarios se les exige una preparación jurídica elevada y en esas condiciones prestan sus servicios. Descendiendo a analizar detalladamente el contenido de tales acuerdos se puede afirmar que se trata de acuerdos de base mutualística o de solidaridad corporativa, pero no son acuerdos que tengan efecto sobre el mercado y la libre competencia. Se puede dudar de su legalidad, incluso si se quiere de su constitucionalidad, puede afirmarse que son acuerdos que tal vez afecten al derecho de propiedad o ser expropiatorios, pero no son acuerdos que tengan efectos sobre el mercado y la competencia. Es cierto que estos acuerdos son habituales en asociaciones de adscripción voluntaria, tales como sindicatos obreros o sociedades de socorros mutuos, y puede llamar su atención en corporaciones de derecho público de adscripción obligatoria, pero las funciones de este Tribunal no consisten en analizar la legalidad o la licitud de cualquier acuerdo, sino exclusivamente su legalidad concurrencial y ésta puede afirmarse con claridad.

La disección del contenido de los acuerdos más allá de lo argumentado por el recurrente podría llevar a plantear un cierto supuesto de laboratorio consistente en que un notario que percibe determinados ingresos en virtud del mecanismo compensatorio evita su salida del mercado y puede ofrecer sus servicios en condiciones más favorables para sus clientes, lo cual constituye una ventaja competitiva. Se trataría de aplicar en este supuesto un razonamiento similar al del análisis de los efectos anticompetitivos de las ayudas públicas. Según este razonamiento, quien obtiene unos ingresos que no son resultado de su propio esfuerzo, se coloca en mejor situación competitiva. Tal sería el caso, si, como consecuencia de esos ingresos, un profesional ineficiente evitara su desaparición del mercado, o bien pudiera ofrecer mejores precios a sus clientes, o bien en mejores condiciones. Ese razonamiento podría ser válido en otros supuestos, pero no en el caso de los Notarios, que son funcionarios públicos, cuyos derechos económicos son uniformes y fijados por la Administración. Es cierto que cabe una competencia parcial entre notarios (mejor preparación para asuntos complejos, mayor rapidez en la elaboración de documentos, etc.), pero resulta difícil encontrar supuestos en los que el aseguramiento de unos niveles mínimos pudiera traducirse en una ventaja competitiva.

Tal vez pudiera pensarse que un notario que obtiene así una parte de sus ingresos puede mejorar su formación frente a otros notarios que no pueden actualizar sus conocimientos por tener su tiempo ocupado en atender a su clientela, pero esta afirmación no tendría en cuenta el real funcionamiento de

este mercado. Para analizar los efectos anticompetitivos de ese efecto es preciso recordar que los Notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales liberales, que la competencia entre los mismos es muy limitada, que su preparación jurídica les viene dada por el estudio de la carrera y las oposiciones, que la actualización de sus conocimientos es una condición indispensable para el mantenimiento del prestigio del notariado, y que la finalidad e incluso la consecuencia de asegurar un determinado nivel de honorarios a determinados profesionales no es la de situarles en mejores condiciones competitivas, sino el asegurar un nivel mínimo de ingresos a quienes por diversos motivos (edad, condiciones personales, ausencia de ambiciones, etc.) prefieren menores ingresos y trabajo a otras alternativas. En refuerzo de esta opinión se puede mencionar el argumento de la escasa competencia existente entre notarios y su elevada preparación jurídica que es actualizada, no sólo para ofrecer un adecuado asesoramiento a sus clientes, sino también para mantener elevado el prestigio de su carrera.

Hay que ratificar por ello que se trata de un acuerdo de base mutualística y de solidaridad entre miembros de una corporación que puede resultar curioso a terceros que podrían incluso pensar que los derechos según arancel son muy elevados por cuanto que permiten no solamente el mantenimiento de un despacho y una adecuada retribución al trabajo, sino incluso la participación en el mantenimiento de otros miembros de una corporación, pero ni afecta a los precios ni tiene por objeto ni produce el efecto de limitar la competencia.

El recurrente realiza otro razonamiento que resulta poco ajustado a la realidad. Afirma que los contratantes con los notarios aportantes sometidos al mecanismo compensatorio se ven afectados por los acuerdos ya que el notario, conector de que va a percibir menor retribución por esos documentos, prestará menor atención a las escrituras sometidas a mecanismo compensatorio. Este argumento no es aceptable por cuanto que, si tenemos en cuenta quiénes son los clientes afectados -entidades de crédito- es de suponer con toda lógica que se trata de clientes que cualquier notario estará interesado en atraer por el elevado número de escrituras en las que intervienen y su elevada cuantía.

Por todo lo anteriormente expuesto, se puede concluir que se trata de acuerdos que pueden calificarse como se quiera desde otras ópticas, pero desde luego no son susceptibles de producir efectos restrictivos de la competencia.

5. Menos consideraciones deben realizarse en relación con la presunta infracción del artículo 7 LDC. Conforme este Tribunal tiene resuelto en múltiples ocasiones, el primer requisito para que pueda hablarse de una infracción de ese precepto es que se trate un acto de competencia desleal.

Considera el denunciante-recurrente que con tales acuerdos se produce una desinformación a los clientes de los notarios sobre las circunstancias en las que éstos prestan sus servicios. No resulta tampoco aceptable ese razonamiento por cuanto que, en primer lugar, tal desinformación no se produce en extremos que resulten de interés para los clientes -los clientes estarán interesados en saber cuánto les va a costar el otorgamiento de una escritura, no en qué va a emplear el notario su dinero- pero, además, se trata de actuaciones que no se realizan con finalidad concurrencial, por lo que no se cumple el requisito exigido en el artículo 2.1 de la Ley de Competencia Desleal.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia, con el voto en contra del Vocal Sr. Bermejo Zofío

RESUELVE

Desestimar el recurso interpuesto por Don Josep-Alfons López Tena contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de fecha 17 de septiembre de 1998 y confirmar el archivo de las actuaciones que tuvieron su origen en la denuncia del Sr. López Tena.

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