

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0424/12, NOTARÍA DE CEUTA)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 17 de marzo de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0424/12, NOTARÍA DE CEUTA cuyo objeto es la ejecución de las Sentencias de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2015 (recursos 380/2013 y 410/2013) por las que se estima parcialmente los recursos interpuestos por D. Antonio Fernández Naveiro, D. Jose Eduardo García Pérez y D. Ignacio Javier Moreno Vélez contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de julio de 2013 (Expediente S/0424/12, NOTARÍA DE CEUTA).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 19 de julio de 2013, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente de referencia, acordó:

“PRIMERO.- Declarar que el acuerdo mantenido entre notarios del Distrito Notarial de Ceuta para la coordinación en la prestación de sus servicios de notaría supone una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007 de la que son responsables D. Antonio Fernández Naveiro, D. Jose Eduardo García Pérez y D. Ignacio Javier Moreno Vélez.

SEGUNDO.- Imponer las siguientes multas sancionadoras:

- A Antonio Fernández Naveiro, 45.574€ (Cuarenta y cinco mil quinientos setenta y cuatro Euros).

- A Jose Eduardo García Pérez, 45.347€ (Cuarenta y cinco mil trescientos cuarenta y siete Euros)
- A Ignacio Javier Moreno Vélez, 42.517€ (Cuarenta y dos mil quinientos diecisiete Euros).

TERCERO. Intimar a D. Antonio Fernández Naveiro, D. Jose Eduardo García Pérez y D. Ignacio Javier Moreno Vélez al cese de la conducta infractora eliminando los elementos que configuran la oferta de servicios de notaría en Ceuta como una oferta única, en lugar de las tres en concurrencia que corresponde a la existencia de tres plazas de notaría en Ceuta, así como a abstenerse de realizar acuerdos equivalentes en el futuro.

CUARTO.- Ordenar a los sujetos infractores la adopción, en el plazo de tres meses desde la notificación de esta Resolución, de las medidas o conductas necesarias en orden al cese de la conducta declarada prohibida en el resuelve primero. En caso de incumplimiento de esta obligación se impondrá, a cada uno de ellos, una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso en el cumplimiento.

QUINTO. - Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

2. Con fecha 25 de julio de 2013 les fue notificada a D. Antonio Fernández Naveiro, D. Jose Eduardo García Pérez y D. Ignacio Javier Moreno Vélez (folios 22 a 27) la citada Resolución contra la que interpusieron recursos contencioso administrativos (nº 380/2013 D. Ignacio Javier Moreno Vélez y 410/2013 D. Antonio Fernández Naveiro y D. Jose Eduardo García Pérez), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Autos de 24 y 27 de enero de 2014, la Audiencia Nacional les denegó la suspensión solicitada.
4. Con fecha 18 de febrero de 2014, D. Ignacio Javier Moreno Vélez, pagó la sanción que le fuera impuesta por Resolución de 19 de julio de 2013, por importe de 42.517 € (folio 104).
5. El 17 de octubre de 2014, D. Antonio Fernández Naveiro y D. Jose Eduardo García Pérez abonaron el importe de la sanción que les fuera impuesta de 45.574 € y 45.347 €, respectivamente (folios 117 y 118).
6. Mediante sendas Sentencias de 19 de noviembre de 2015, contra las que no cabe recurso, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) de manera similar y con el mismo resultado ha estimado parcialmente los recursos (380/2013 y 410/2013) interpuestos por D. Ignacio Javier Moreno Vélez, D. Antonio Fernández Naveiro y D. Jose Eduardo García Pérez, contra la Resolución de 19 de julio de 2013.

7. Con fecha 1 de octubre de 2012 D. Jose Eduardo García Pérez (folio 418) y fecha 10 de octubre de 2012, D. Ignacio Javier Moreno Vélez y D. Antonio Fernández Naveiro (folios 642 y 842), presentaron escritos en los que en contestación a la solicitud de información realizada por la extinta Dirección de Investigación, se aportaba la información relativa a los ingresos totales de la Notaría de Ceuta, SC, desde 2009 a 2012, los porcentajes correspondientes a cada uno de ellos y los ingresos por su trabajo en dicho período (Ingresos que no se correspondían con el porcentaje de participación declarado sobre el total de la Notaria Ceuta S.C.)
8. Con fechas 11 y 15 de julio de 2013, en contestación al Acuerdo del Consejo de la CNC de 1 de julio de 2013, D. Ignacio Javier Moreno Vélez (S/0424/12 folio 1513), D. Antonio Fernández Naveiro y D. Jose Eduardo García Pérez (S/0424/12 folios 1521 y 1522), aportaron el volumen de ingresos total de la Notaría de Ceuta, SC, correspondiente al año 2012, siendo dicha cifra de 1.334.911,47 €.
9. Con fecha 23 de diciembre de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de D. Ignacio Javier Moreno Vélez solicitando que tras la Sentencia de la Audiencia Nacional se procediera a la devolución del importe de la sanción (42.517 €), ingresado el 18 de febrero de 2014.
10. Son interesados:
 - D. Ignacio Javier Moreno Vélez
 - D. Antonio Fernández Naveiro
 - D. Jose Eduardo García Pérez
11. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 17 de marzo de 2016.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de sentencia de la Audiencia Nacional

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 19 de julio de 2013, dictada en expediente S/0424/12, NOTARÍA DE CEUTA, impuso las siguientes multas:

- D. Antonio Fernández Naveiro, 45.574€
- D. Jose Eduardo García Pérez, 45.347€
- D. Ignacio Javier Moreno Vélez, 42.517€

Todos ellos interpusieron recursos contencioso administrativos contra la misma.

Los recursos interpuestos fueron estimados parcialmente por sendas Sentencias de 19 de noviembre de 2015 de la Audiencia Nacional (recursos nº 380/2013 y 410/2013), quedando firmes, ordenándose su recálculo según los criterios expuestos en su fundamentación jurídica. Ambas Sentencias de la Audiencia Nacional, en su Fundamento de Derecho séptimo señalan lo siguiente:

“SEPTIMO-. (...) En atención a lo expuesto, y dado que la sanción se impone en el 10% del volumen total de negocio sobre la base de la Comunicación de 6 de febrero de 2009, debe estimarse el recurso en este punto a fin de que por la CNC se dicte una nueva resolución sancionadora adecuando la motivación y cuantificación a los parámetros expuestos por el Tribunal Supremo”.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 19 de julio de 2013

Para la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional y la imposición de la sanción correspondiente a D. Ignacio Javier Moreno Vélez, D. Antonio Fernández Naveiro y D. Jose Eduardo García Pérez, hay que partir de los hechos acreditados que se les imputan en la Resolución de 19 de julio de 2013 y que han sido corroborados por la Audiencia Nacional.

En particular, sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución confirmada por la sentencia que ahora se ejecuta, cabe señalar lo siguiente:

- Los tres notarios con plaza de ejercicio en la ciudad de Ceuta han incurrido en una infracción del artículo 1 LDC, al llevar a cabo su ejercicio profesional de forma coordinada bajo la figura de la sociedad Notaría de Ceuta, S.C.
- Tal y como se recoge en el FD 2º, el Consejo comparte la valoración realizada por la Dirección de Investigación: *“esta unión implica una coordinación en la prestación del servicio de notaría, que impide la competencia en el ejercicio de la fe pública notarial que existiría si cada uno de los tres notarios ejerciese su labor separadamente de los demás. En particular, la coordinación a través de Notaría de Ceuta S.C. implica una ausencia de competencia en materia de precios, en los ya de por sí limitados casos en que es posible la aplicación de descuentos al arancel y en supuestos no sujetos a arancel, en los que las partes y el notario pueden decidir libremente los precios. Asimismo, implica una ausencia de competencia en cuanto a la atención y calidad del servicio prestado a los ciudadanos, que ven reducidas sus posibilidades de elección. Tal conducta supone una infracción del artículo 1.1 LDC”.*
- Además, el Consejo considera, en el FD 4º de la Resolución, que la propia configuración de prestar los servicios de notario bajo una misma y única sociedad, conlleva que todos los notarios de Ceuta, que deberían actuar como operadores independientes, actúen como una unidad económica, como un único oferente y de común acuerdo, incurriendo con ello en una conducta anticompetitiva, eliminando, objetivamente, el ya extremadamente estrecho margen para competir entre ellos.

La Resolución de 19 de julio de 2013 motivó la determinación de la multa sobre la base de los criterios siguientes: (cfr. FD 6º de la resolución):

- 1) Según se establece en el artículo 62.4.a), se trata de una infracción muy grave.
- 2) Determinación del mercado afectado. El mercado afectado por la conducta es el de los servicios notariales en la ciudad de Ceuta, servicios que son prestados en su totalidad por los tres notarios imputados a través de la Sociedad Notaría de Ceuta S.C.
- 3) Duración. La conducta que se inicia el 1 de abril de 2002, alcanza hasta el momento en que cada uno de los sujetos responsables cesa en la misma.

Si desde el momento del cese hasta el comienzo de las actuaciones de la Dirección de Investigación han transcurrido más de cuatro años, la responsabilidad ha prescrito, circunstancia que acontece respecto a la responsabilidad de D. José Eduardo García Pérez como socio de Notaría de Ceuta S.C. durante el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2002 y el 4 de marzo de 2004.

Por lo tanto la responsabilidad objetiva de la conducta que resulta de la conducta analizada es la siguiente:

- D. Antonio Fernández Naveiro, desde el 1 de abril de 2002;
 - D. Ignacio Javier Moreno Vélez, desde el 6 de mayo de 2009
 - D. José Eduardo García Pérez, desde el 1 de noviembre de 2008.
- 4) Base de cálculo. Para el cómputo de la sanción se tiene en cuenta, por un lado el volumen de facturación de la sociedad durante el periodo que ha durado la conducta y la participación correspondiente de cada notario en la sociedad, según información aportada por ellos mismos, así como el momento en el que cada uno de ellos se incorporó a la misma.
- En el caso de D. Antonio Fernández Naveiro, incorporado desde 2002, al no contar con información anterior a 2007, los volúmenes de negocios correspondientes a los años 2002 a 2007, ambos inclusive, se han estimado como la media aritmética de los últimos cinco años.
- 5) Atenuantes o agravantes. No se han apreciado que concurren circunstancias atenuantes ni agravantes
- 6) Porcentaje aplicado (10%) e importe básico de la sanción. Teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción, un acuerdo entre competidores, muy grave; el alcance de la misma, la totalidad de la ciudad de Ceuta; la ausencia de alternativas para la demanda, son los únicos oferentes en este mercado; y el tipo de producto, un servicio intermedio requerido como obligatorio en la mayoría de transacciones económicas documentadas, en aplicación del párrafo (14) de la Comunicación se aplica el 10% del mercado afectado.

	Mercado afectado ponderado según duración infracción	Tipo (%)	Importe básico de la sanción (€)
Fernández Naveiro	[...]	[...]	182.787 €
Moreno Vélez	[...]		127.184 €
García Pérez	[...]	[...]	146.475 €

Importe que en cumplimiento del artículo 63.1.c) de la LDC, queda reducido al 10% del volumen de facturación de cada uno de ellos en el ejercicio anterior a la imposición de la multa, 2012:

	Volumen negocio 2012	10%
Fernández Naveiro	[...]	45.574 €
Moreno Vélez	[...]	42.517 €
García Pérez	[...]	45.347€

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con lo expuesto por la Audiencia Nacional a la hora de imponer la nueva sanción la CNMC deberá adecuar la motivación y cuantificación a los parámetros expuestos por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de enero de 2015, según la cual:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”* y continúa exponiendo que *“se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”*
- Sobre dicha base, concluye el Tribunal que la metodología de cálculo que subyace en la *Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea* (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009, y que utiliza la interpretación del artículo 63.1 de la LDC como un umbral o límite extrínseco, no resulta aceptable.
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción”*. Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se refiere.

- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme a los criterios del artículo 64.1 de la LDC, esto es, entre otros, “a) *La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.*”

- Por último, el FD 2º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala en particular que el artículo 64 enumera criterios que “*inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.*” Añade más adelante que “*las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas.*”

El método de determinación de la multa utilizado en la Resolución sancionadora original de la CNC se construyó sobre la base del concreto expediente. Sin embargo, como ya se ha explicado, subyacían en esa resolución criterios en línea con los recogidos en la Comunicación de multas de la CNC, ya que se partía de la aplicación de un determinado porcentaje sobre el volumen de negocios en el mercado afectado por conducta ponderado por la antigüedad de la infracción, y se consideraba el 10% sobre el volumen de negocios total como un límite extrínseco a aplicar sobre la multa así calculada. Por tanto, es preciso proceder de nuevo a la fijación de la sanción de acuerdo con los criterios expuestos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

3.3. Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados en la sanción original (S/0424/12)

La infracción que acredita la Resolución de 19 de julio de 2013, confirmada por la Audiencia Nacional, de la que son responsables D. Antonio Fernández Naveiro, D. Jose Eduardo García Pérez y D. Ignacio Javier Moreno Vélez, ha de ser considerada de acuerdo con el artículo 62.4.a) de la LDC como una infracción muy grave.

El mercado afectado por la conducta es el de los servicios notariales en la ciudad de Ceuta, servicios que son prestados en su totalidad por los tres notarios imputados en este expediente a través de la Sociedad Notaría de Ceuta S.C.

Respecto a los efectos de la conducta, la resolución original apuntó ya efectos dañinos que la conducta analizada generó en la ciudad de Ceuta (FD 6º). Los servicios de notaría son un servicio intermedio requerido como obligatorio en la mayoría de las transacciones económicas documentadas.

La coordinación de los tres únicos notarios en una misma oficina impide la competencia que existiría si cada uno de ellos ejerciera de manera independiente.

La falta de competencia, por el lado de la demanda, desincentiva a los clientes a intentar negociar con los notarios precios o condiciones de la prestación. Por el lado de la oferta, dado que todos los ingresos que se generan por los servicios prestados se ponen en común y se reparten según el porcentaje de participación, desincentiva a ofrecer servicios de más calidad y menor precio para atraer a un cliente, ya que de todas maneras va a ser atendido en la notaría.

Por tanto se puede decir que el efecto es una ausencia total de competencia en los servicios de notaría de la ciudad de Ceuta.

Así pues, las anteriores consideraciones relacionadas con una valoración global de la conducta determinarían un tipo inicial global situado en el tramo medio del arco sancionador.

Por otra parte, dentro de los criterios para la individualización del reproche sancionador a D. Antonio Fernández Naveiro, D. Jose Eduardo García Pérez y D. Ignacio Javier Moreno Vélez, cabría considerar los siguientes.

Como se ha mencionado, D. Antonio Fernández Naveiro, D. Jose Eduardo García Pérez y D. Ignacio Javier Moreno Vélez, aportaron información relativa a los ingresos totales de la Notaría de Ceuta, SC, desde 2009 a 2012. De acuerdo con la información facilitada, los volúmenes de facturación de la sociedad Notaría de Ceuta SC, y el volumen de facturación de cada uno durante el periodo que ha durado la conducta, según su participación en la sociedad, queda recogida en el cuadro siguiente (no se dispone de información del año 2002 al 2007, por lo que para el caso de Fernández Naveiro habrá de estimarse como se hizo en la resolución original, con la media del volumen de negocios en el mercado afectado de los años para los que sí se dispone de datos):

	2008		2009		2010		2011		2012	
Notaría Ceuta SC	[1,5-2] millón €		[1,5-2] millón €		[1,5-2] millón €		[1,5-2] millón €		[1-1,5] millón €	
Fernández Naveiro	39,84%	[...]	40%	[...]	33,4%	[...]	34,2%	[...]	34,14%	[...]
Moreno Vélez			21,2%	[...]	33,2%	[...]	31,8%	[...]	31,89%	[...]
García Pérez	7,98%	[...]	38,7%	[...]	33,3%	[...]	33,8%	[...]	33,97%	[...]

La responsabilidad objetiva de la conducta según el momento en que cada socio entra a formar parte de Notaría Ceuta S.C., es la siguiente:

- D. Antonio Fernández Naveiro, desde el 1 de abril de 2002;
- D. Ignacio Javier Moreno Vélez, desde el 6 de mayo de 2009

- D. José Eduardo García Pérez, desde el 1 de noviembre de 2008.

Con todo ello, atendiendo a la duración de la conducta y considerando la participación concreta de cada sancionado en el mercado afectado y su desviación en relación con la media y en ausencia de circunstancias atenuantes ni agravantes para ninguno de los imputados, esta Sala considera que el tipo sancionador (sobre el volumen de negocios total en 2012) que debe determinar el importe de la multa debe ser el siguiente:

- D. Antonio Fernández Naveiro, 7,5%, esto es, 34.180 euros.
- D. Ignacio Javier Moreno Vélez, 5,9%, esto es 25.116 euros.
- D. José Eduardo García Pérez, 6,2%, esto es, 28.115 euros.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la CNMC en Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a D. Antonio Fernández Naveiro, D. Jose Eduardo García Pérez y D. Ignacio Javier Moreno Vélez, en ejecución de las Sentencias de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2015 (Recursos 380/2013 y 410/2013), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de julio de 2013 (Expediente S/0424/12, NOTARÍA DE CEUTA), las siguientes multas:

- A D. Antonio Fernández Naveiro **34.180 euros**
- A D. Ignacio Javier Moreno Vélez **25.116 euros**
- A D. José Eduardo García Pérez **28.115 euros**

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a la parte interesada haciéndole saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio.

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero D. Benigno Valdés Díaz a la presente Resolución, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 17 de marzo de 2016, en el marco del Exp. VS/0424/12 NOTARÍA DE CEUTA, y al que se adhiere el Iltr. Consejero Fernando Torremocha García-Sáenz.

ANTECEDENTES.-

Con fecha 19 de julio de 2013 el Consejo de la extinta CNC dictó *Resolución* en el *Expediente S/0424/12 NOTARÍA DE CEUTA*. Entre otras decisiones, tomó la de sancionar a los aquí recurrentes, los notarios de Ceuta D. Ignacio Javier Moreno Vélez, D. Antonio Fernández Naveiro y D. José Eduardo García con las multas siguientes: «A Antonio Fernández Naveiro, 45.574€ (Cuarenta y cinco mil quinientos setenta y cuatro Euros). A José Eduardo García Pérez, 45.347€ (Cuarenta y cinco mil trescientos cuarenta y siete Euros). A Ignacio Javier Moreno Vélez, 42.517€ (Cuarenta y dos mil quinientos diecisiete Euros).»

Los sancionados elevaron recurso contencioso-administrativo contra la citada *Resolución*: D. Ignacio Javier Moreno Vélez, Recurso Núm. 380/2013; y D. Antonio Fernández Naveiro y D. José Eduardo García, Rec. 410/2013.

Por sendas Sentencias, ahora firmes, de fecha 19 de noviembre de 2015, la AN resolvió en ambos casos lo siguiente: « [...] *dado que* [en la Resolución de la CNC] *la sanción se impone* [...] *sobre la base de la Comunicación de 6 de febrero de 2009* [que el TS declaró contraria a Derecho en su Sentencia de 29 de enero de 2015, RC número 2872/2013], *debe estimarse el recurso en este punto a fin de que por la CNMC se dicte una nueva resolución sancionadora adecuando la motivación y cuantificación a los parámetros expuestos por el Tribunal Supremo* [en su citada Sentencia]»

Con fecha 17 de marzo de 2016, esta SALA de COMPETENCIA de la CNMC, con objeto de cumplir las citadas Sentencias de la AN, ha procedido al recalcuro de las multas aplicables a los recurrentes, dictando la *Resolución* que ahora nos ocupa y de la que discrepo. Mi discrepancia se explicita de este modo:

PRIMERO.- En mi opinión la *Resolución* aprobada no cumple satisfactoriamente lo ordenado por la AN: Que la CNMC «*dicte una nueva resolución sancionadora adecuando la motivación y cuantificación a los parámetros expuestos por el Tribunal Supremo*» en su Sentencia de 29 de enero de 2015, RC número 2872/2013.

Opino que de la lectura de la *Resolución* es totalmente imposible conocer su *iter* argumentativo, es decir, el razonamiento por el cual, partiendo de *lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio*, la mayoría de la SALA ha llegado a concluir que los porcentajes sancionadores «*deben ser* [pág.10] *7'5%, 5'9% y 6'2%*».

La *Resolución* dice (pág. 9): « [...] las anteriores consideraciones relacionadas con una valoración global de la conducta determinarían un tipo inicial global situado en el tramo medio del arco sancionador» ¿Determinarían? ¿Un tipo inicial global situado en el tramo medio del arco sancionador? ¿Pero cuál, exactamente? Y sobre todo, ¿con qué criterio o mecanismo se pasa de ese «tipo inicial global» desconocido a los efectivamente asignados, teniendo en cuenta que aquél es... **desconocido**? Es –a fortiori– imposible que los administrados puedan deducirlo de la *Resolución* (y ello contrasta con la finura numérica de esos porcentajes: 7´5%, 5´9% y 6´2%).

Esa imposibilidad para los sancionados de conocer por qué se les han impuesto **precisamente** esos porcentajes sancionadores y no otros aumenta a medida que avanza la *Resolución*. Así, dice en la pág. 9: « [...] el volumen de facturación de cada uno durante el periodo que ha durado la conducta [...] queda recogida en el cuadro siguiente [CUADRO DE LA PÁG. 9] (no se dispone de información del año 2002 al 2007, por lo que para el caso de Fernández Naveiro habrá de estimarse [...] con la media del volumen de negocios en el mercado afectado de los años para los que sí se dispone de datos)». Tengo dudas de que eso pueda hacerse porque el TS, en su Sentencia de 16 de febrero de 2015, RC Número 4182/2012, estableció lo siguiente (página 21, énfasis añadido):

«No podemos asumir el modo de proceder que acabamos de describir [...] La norma [no habilita] al órgano sancionador [...] ni le autoriza a que proceda a la estimación del volumen de ventas [de una referencia temporal] mediante la conjugación y extrapolación de datos [...] referidos a anualidades diferentes.»

Pero dejando a un lado ese aspecto legal (en el que no soy experto) no hay duda de que haber procedido de ese modo añade a la imposibilidad de saber de dónde han salido los porcentajes sancionadores 7´5%, 5´9% y 6´2%.

La razón es la siguiente. La *Resolución* dice (pág. 10): « [...] atendiendo a la duración de la conducta y considerando la participación de cada sancionado en el mercado afectado y su desviación con relación a la media [...] esta SALA considera que el tipo sancionador [...] debe ser el siguiente [7´5%, 5´9% y 6´2%]. Pero si los volúmenes de negocio afectados por la infracción son los de la Tabla de la página 9 ampliada con la citada imputación al recurrente D. Antonio Fernández Naveiro de volumen de negocio para los años 2002 a 2007, entonces «la participación de cada sancionado en el mercado afectado» **ya incluye, para cada uno de los sancionados, «la duración de la conducta»**. Por lo tanto, si los «tipos sancionadores» se han determinado « [...] atendiendo a la duración de la conducta y considerando la participación de cada sancionado en el mercado afectado [...]», entonces la «duración de la conducta» ha entrado en el cómputo DOS veces, con la consiguiente sobrevaloración de los «tipos sancionadores».

Esa sobrevaloración es mayor cuanto mayor es la duración de la conducta de cada sancionado y podría, incluso, calcularse si la *Resolución* explicara: (i) cuál es, y cómo se ha determinado, «la participación de cada sancionado en el mercado afectado»; y (ii) de qué forma contribuyen a la fijación de los «tipos sancionadores» «la duración de la conducta», la «participación de cada sancionado en el mercado

afectado» y la «desviación con relación a la media»; es decir, si la Resolución explicara cómo se ha llegado a concluir que los «tipos sancionadores» «deben ser [pág.10] 7'5%, 5'9% y 6'2%».

SEGUNDO.- No estoy de acuerdo en que el administrado no pueda saber, a través de la *Resolución*, por qué se le ha impuesto una multa y no otra. Que eso ocurra es el resultado de utilizar una doctrina sancionadora que **no** comparto. La discrepancia doctrinal ha sido expuesta en sucesivos votos particulares, comenzando en el *Expte. S/0469/12 FABRICANTES DE PAPEL Y CARTON ONDULADO*, al que remito.

En mi opinión, y por lo que respecta al tratamiento de los cárteles, es casi siempre posible resolver de forma que el administrado pueda saber, a través de la propia *Resolución*, no sólo por qué ha sido sancionado, sino también por qué lo ha sido con una multa específica –y no otra cualquiera–, como espero demostrar a continuación en relación con el caso que ahora nos ocupa.

TERCERO.- Legislación y jurisprudencia para el recalcado de la multa.

Son de aplicación, entre otros, el Art. 62-4-a de ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que tipifica los hechos aquí examinados como *infracción muy grave*; y el Art. 63-1-c, indicativo de que esas infracciones deben ser sancionadas con un porcentaje, *dentro de la escala cero a diez*, del volumen de negocios *total* de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. La jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo clarifica que por *volumen de negocios total* debe entenderse el **total/consolidado** de la empresa, no sólo el obtenido en la actividad afectada por la infracción (por todas, STS de 29 de enero de 2015, *Recurso de Casación Núm. 2872/2013*).

En consecuencia, corresponde al órgano sancionador establecer, para cada empresa infractora y con arreglo a lo estipulado en el Artículo 64 de la citada Ley –incardinado en el mercado *afectado por la infracción*– la graduación de la sanción dentro de la escala 0%-10%. Como la jurisprudencia dicta que ese porcentaje debe aplicarse sobre el volumen de negocios *consolidado*, surge una posibilidad de conflicto entre los dos objetivos que debe cumplir la sanción, a saber, *proporcionalidad* a la gravedad de infracción y *disuasión* de futuras conductas infractoras.

Dicha posibilidad de conflicto emerge porque mientras en el caso de las empresas unisectoriales (o uni-producto) el volumen de negocios *consolidado* del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción *coincide con el afectado por la infracción*, en el de las multisectoriales (o multi-producto) el primero es superior al segundo y en ocasiones por mucha diferencia. Puede ocurrir, entonces, que sobre la empresa multi-producto recaiga una sanción que, *a fuer de disuasoria*, devenga *desproporcionada a la gravedad de la infracción*, y entonces el órgano sancionador debe atender a lo dispuesto por el TS:

« [...] se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia [...] Pero tal carácter no puede constituirse en prevalente [...] desplazando al principio de proporcionalidad.»

Ello plantea la necesidad de conocer con qué limitación opera el carácter disuasorio de las sanciones. En la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el legislador no lo explicita, pero la jurisprudencia del TS lo ha acotado bastante (énfasis añadido):

«Las sanciones [...] en el ámbito del derecho de la competencia –que [...] no difiere en este punto de otros sectores del ordenamiento– han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener beneficios económicos derivados de las infracciones [...]. Si [...] el legislador considera oportuno incrementar el “efecto disuasorio” a cotas superiores, tiene capacidad normativa para hacerlo dentro del respeto a las exigencias constitucionales» [...] Aunque ello dependerá ya del legislador [...], un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel de disuasión adecuado quizá debería implicar no sólo la ausencia de aquellos beneficios sino un plus [...]. En todo caso, corresponde a la ley –y no a quien la ejecuta o la interpreta– establecer los [...] límites que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en esta área del ordenamiento jurídico»

Lo anterior no supone que la sanción *pecuniaria* deba agotar en sí misma el beneficio ilícito, pues «no debe olvidarse que el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias, otras medidas punitivas» (TS, Jurisprudencia citada). En efecto, el carácter disuasorio de las sanciones no se asienta únicamente en la sanción pecuniaria (la *multa*) sino también –como ejemplo destacable, aunque no único– en el hecho de poner en conocimiento de la sociedad (Art. 69 de la Ley 15/2007) que la empresa ha infringido la ley y en qué términos (un coste *sombra* adicional, toda vez que la propia marca comercial aparece asociada a comportamientos ilícitos en materia de competencia).

En conclusión, el posible conflicto entre los objetivos de *disuasión* y *proporcionalidad*, que puede producirse como resultado de aplicar el porcentaje sancionador de los Arts. 63 y 64 al volumen de negocios *consolidado* de las empresas, ha de resolverse teniendo como referente el *beneficio ilícito* derivado de la acción infractora.

CUARTO.- Cuantificación de la sanción

El Artículo 64 establece los «*criterios*» a los que, «*entre otros*», se debe recurrir a la hora de determinar el porcentaje sancionador dentro de la escala 0% a 10% para cada empresa involucrada. La lista no es excluyente de otros criterios y por tanto la Ley otorga un margen de discrecionalidad al órgano sancionador para considerar en sus decisiones criterios adicionales que –en su parecer *motivado*– entienda apropiado. Así

mismo, no todos los criterios que la Ley explícitamente menciona en el Art. 64-1 son independientes entre sí, de modo que *la utilización de alguno(s) ya incluye la utilización de otros*.

Sobre esa base se va a determinar el % sancionador. Para hacerlo, conviene realizar algunas consideraciones previas:

(1) La creación de un cártel constituye una infracción *muy grave*. Ello se debe a que, con carácter general, las conductas empresariales que se desvían del marco de la libre competencia entrañan una pérdida de bienestar social, y el cártel es una desviación máxima. Sin embargo, no todos los cárteles son iguales: su capacidad distorsionadora del mecanismo de mercado depende de en qué sector de la economía estén operando. En el caso que nos ocupa, la distorsión de la competencia ocasionada por la conducta analizada es **mínima** en términos de afectación al sistema de precios, porque (i) en los servicios notariales sólo las operaciones mercantiles de valor superior a 6 millones de euros están sujetas a precio libre, las demás tienen precio regulado, y (ii) a efectos prácticos, el área económica afectada se limita a la ciudad de Ceuta, porque el carácter extrapeninsular de la ciudad así lo impone.

De modo que la incidencia de la conducta sobre el sistema de precios, habiendo sido mínima en Ceuta, es directamente negligible en el *sistema general* de precios. Pero entonces, ¿dónde radica el daño al bienestar social provocado por el «cártel» analizado? En las Sentencias que dan origen a la presente *Resolución*, la Audiencia Nacional lo explica:

«El hecho de que la competencia en los precios sea realmente limitada al venir en su gran mayoría determinados por el arancel, o que la petición de los servicios del notario tenga un carácter cuasi-obligatorio dado el valor probatorio de gran parte de sus actuaciones, no impide afirmar que tanto desde el punto de vista de la limitada competencia que ofrece la legislación vigente, como desde la prestación de mejores servicios, la libre competencia queda condicionada por las cláusulas del convenio [...]».

Es decir, el «cártel» aquí analizado es sancionable, **no por dar lugar a una distorsión apreciable del sistema de precios, ni por redefinir el límite cuantitativo del mercado**, sino porque:

«La concentración de toda la actividad en un mismo local y con un mismo personal, coarta la libertad de los notarios para ofrecer en un régimen competitivo mejores accesos y ubicación del local, mejores horarios, mejor atención al público, o más agilidad y rapidez en la prestación del servicio, y [...] con esta forma de proceder la prestación del servicio de notarías deviene unívoca y desaparece cualquier alternativa.»

Sobre la base de las citadas apreciaciones de la AN, tomando en cuenta (i) el muy limitado carácter distorsionador de la conducta sobre el sistema de precios y el límite cuantitativo del mercado, y (ii) el reducido tamaño del mercado afectado (la ciudad de Ceuta); en definitiva, teniendo presente el *muy reducido daño ocasionado por los infractores al bienestar social*, considero que la pertenencia al cártel que nos

ocupa (**específicamente** a éste cártel) merece **en sí misma** una sanción para cada partícipe del 2% dentro de la escala 0%-10% y según lo dispuesto por el Artículo 64; por encima de ese nivel, **y no superando el 4%**, el reproche sancionador debe reflejar la contribución de cada empresa al daño efectivamente causado, en el siguiente sentido: Aunque es imposible estimar el valor monetario del daño al **bienestar social** producido por el cártel, ese daño depende del volumen de ventas realizadas en régimen de cartelización, de modo que la *participación relativa* de cada empresa en el conjunto de las ventas cartelizadas es una medida de la **responsabilidad individual en la pérdida de bienestar social**, con independencia de cuál sea el valor absoluto de ésta.

Eso es lo que aparece en las *TABLAS 1 y 2*, cuya construcción está basada en los elementos que a continuación expongo. Se ha señalado en el *Apartado PRIMERO* que la CNMC no dispone de datos para el volumen de negocios de D. Antonio Fernández Naveiro entre los años 2002 y 2007. Naturalmente esto es un problema a la hora de determinar las multas en función de la responsabilidad individual en el daño causado al bienestar social. Como ya ha sido señalado, la presente *Resolución* atribuye a cada uno de esos años un volumen de negocios igual a la media de los volúmenes de negocios en los años 2008 a 2012, que sí son conocidos. También ha sido señalado que esa forma de operar puede resultar polémica a la luz de la Sentencia del TS, también citada, de 16 de febrero de 2015, RC Número 4182/2012, pág. 21. En todo caso, la TABLA 1 refleja el cálculo de las multas imputando a los años 2002 a 2007 un volumen de negocios para D. Antonio Fernández Naveiro igual a la media de sus volúmenes de negocios en los años 2008 a 2012.

TABLA 1

PARTICIPANTES EN EL CARTEL	<i>Volumen de negocio afectado por la infracción</i>	<i>Cuota de Responsabilidad Individual</i>	<i>Asignación proporcional de 1 puntos porcentuales de acuerdo a la cuota de responsabilidad individual</i>	<i>Porcentaje sancionador</i>	<i>(% sancionador aplicado al volumen de negocio total en 2012)</i>
FERNÁNDEZ NAVEIRO	6.808.339,10	0,60	2,00	4,00	18.229,55
MORENO VÉLEZ	1.994.811,59	0,18	0,59	2,59	11.008,65
GARCÍA PÉREZ	2.486.364,57	0,22	0,73	2,73	12.381,47
TOTAL	11.289.515,26	1,00			
NOTA : Para determinar el volumen de negocios de negocios atribuible a D. Antonio Fdez Naveiro se imputa a cada uno de los años 2002 a 2007 la media de los años 2008 a 2012, que es 618.939,92 euros.					

El Volumen de Negocios así «calculado» aparece en la **Columna 2**. Una vez hecho ese «cálculo», la columna ya incluye implícitamente otros elementos del Art. 64, como la dimensión y características del mercado afectado, el alcance de la infracción y **su duración** para cada uno de los partícipes (*también para D. Antonio Fernández Naveiro*). De ella resulta la *Cuota de Responsabilidad Individual* en el daño al bienestar producido por el conjunto del cártel (**Columna 3**), que a su vez sirve para fijar el porcentaje sancionador de cada partícipe (**Columna 5**) como **el 2% general más la**

parte alícuota de responsabilidad en la pérdida de bienestar ocasionada, una vez asignados 2 puntos porcentuales por ese concepto a **la empresa que más ha contribuido** a la citada pérdida (**Columna 4**).

Considero que no procede modificar la sanción sobre la base de elementos que ya han sido tomados en cuenta para establecer el porcentaje sancionador del Art. 64 pues con ello esos elementos serían computados más de una vez con el mismo propósito: precisamente determinar ese porcentaje. En particular, considero inadecuado modificar esos % sancionadores recurriendo a la duración de la infracción, **pues ésta ya ha sido computada**.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que, como se ha indicado, la forma aquí utilizada para atribuir un volumen de negocios a D. Antonio Fernández Naveiro en cada uno de los años 2002 a 2007 no sea conforme a Derecho. En tal caso, debemos proceder con los datos que sí obran en nuestro poder, es decir, los referidos a los años 2008 a 20012. En ese caso, resulta la TBLA 2:

TABLA 2

PARTICIPANTES EN EL CARTEL	<i>Volumen de negocio afectado por la infracción</i>	<i>Cuota de Responsabilidad Individual</i>	<i>Asignación PROPORCIONAL de 1 puntos porcentuales de acuerdo a la cuota de responsabilidad individual</i>	<i>Porcentaje sancionador</i>	<i>(% sancionador aplicado al volumen de negocio total en 2012)</i>
FERNÁNDEZ NAVEIRO	3.094.699,58	0,41	2,00	4,00	18.229,55
MORENO VÉLEZ	1.994.811,59	0,26	1,29	3,29	14.002,14
GARCÍA PÉREZ	2.486.364,57	0,33	1,61	3,61	16.355,98
TOTAL	7.575.875,74	1,00			

Debe observarse que hacer abstracción del volumen de negocios obtenido por D. Antonio Fernández Naveiro en los años 2002 a 2007 perjudica a D. José Eduardo García Pérez y a D. Ignacio Javier Moreno Vélez porque, al atribuir a aquél una menor participación en el daño efectivamente causado al bienestar social, se les atribuye a éstos una mayor cuota de responsabilidad en ese daño. Para comprobarlo, basta comparar la *Columna 3* de una y otra TABLA. Nótese, sin embargo, que, aunque ellos son perjudicados, D. Antonio Fernández Naveiro no es beneficiado porque, teniendo él la mayor cuota de responsabilidad tanto en un caso como en otro –pues el daño total está indexado a 1–, su % sancionador es siempre el 4%. La solución, pues, es reducir el % sancionador de D. José Eduardo García Pérez y a D. Ignacio Javier Moreno Vélez sobre la base de que, por mor de la falta de datos entre 2002 y 2007 para D. Antonio Fernández Naveiro, a ellos se les imputa una participación en el daño al bienestar social mayor a la que de verdad tienen.

¿Qué porcentajes asignar respectivamente a D. José Eduardo García Pérez y a D. Ignacio Javier Moreno Vélez? No siendo este asunto de extraordinaria importancia

en el contexto considerado, resulta sensato otorgarles los porcentajes sancionadores de la TABLA 1. No son exactamente los que serían si dispusiéramos de los verdaderos volúmenes de negocios entre 2002 y 2007 para el tercer partícipe, D. Antonio Fernández Naveiro, pero la diferencia *a fortiori* sería imperceptible.

(2) La jurisprudencia sentada por el TS en, por todas, su Sentencia de 29 de enero de 2015, *Recurso de Casación Núm. 2872/2013*, indica que llegados a este punto se debe comprobar si las multas impuestas dan lugar a colisión entre la *efectividad disuasoria* y la *proporcionalidad* a la gravedad de la infracción, en el sentido expuesto en el *Apartado TERCERO*. Ello requiere determinar el beneficio ilícito obtenido por cada uno de los partícipes en el «cártel». La Teoría Económica proporciona la forma de hacerlo (vid., ej., *Voto Particular en la Resolución del Exp. S/0469/12 FABRICANTES DE PAPEL Y CARTON ONDULADO*). Pero en el caso que nos ocupa la cuestión puede resolverse de manera más fácil.

En efecto, la AN rechazó la pretensión de D. Ignacio Javier Moreno Vélez «de considerar que la actividad sujeta a competencia se limita al 10% del importe de los aranceles», de modo que el resto de las actividades notariales serían distintas a la actividad afectada por la infracción. Al rechazar ese alegato, la AN ha dictado que toda la actividad desplegada por los imputados es afectada; es decir, los tres notarios aquí implicados constituyen sendas «empresas unisector/uniproducto». Si a esto añadimos que la infracción a durado cuatro, cinco y once años, respectivamente, resulta altísimamente improbable que en este caso, o en cualquier otro de igual naturaleza, una sanción que se impone sobre el *volumen de negocio total= volumen de negocio afectado* en el ejercicio anterior a la fijación de la sanción dé lugar al problema ahora considerado.

Es fácil deducir que en el caso que nos ocupa sólo es posible la colisión entre los principios de disuasión y proporcionalidad en el sentido descrito en el *Apartado TERCERO* si el beneficio ilícito de D. Antonio Fernández Naveiro es inferior al 0,2% (no el 2%, sino el 0,2%) de su ingreso afectado; y el de D. José Eduardo García Pérez y D. Ignacio Javier Moreno Vélez, inferior al 0,5% de los suyos. El beneficio ilícito (es decir, el atribuible a la «cartelización» de los tres notarios) procede de múltiples fuentes. Sin duda una de ellas es el ahorro derivado de operar en un único local en vez de operar en tres (uno para cada partícipe). Es sólo un ejemplo de los muchos que resultan asociados a reducción de costes por economías de escala. Sólo con eso, es suficiente.

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 17 de marzo de 2016.