

RESOLUCION DE VIGILANCIA

EXPEDIENTE MOORNING & PORT SERVICES, S.L./CEMESA AMARRES BARCELONA, S.A.

(VC/1134/20)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 4 de octubre de 2023

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente VC/1134/20 MOORNING & PORT SERVICES, S.L./CEMESA AMARRES BARCELONA S.A., cuyo objeto es la vigilancia parcial del cumplimiento de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 27 de julio de 2021, recaída en el expediente C/1134/20.

INDICE

1. ANTECEDENTES	3
2. ACTUACIONES LLEVADAS A CABO POR LA DIRECCION DE COMPETENCIA EN EL EXPEDIENTE DE VIGILANCIA VC/1134/20.....	4
2.1. Solicitudes de información de la Dirección de Competencia	4
2.2. Informes anuales de cumplimiento remitidos por las partes	5
3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	5
3.1. Competencia para resolver	5
3.2. Naturaleza de la presente resolución	6
3.3. Hechos acreditados en relación con el cumplimiento de los compromisos	7
3.4. VALORACION DEL ORGANO INSTRUCTOR	9
3.5 Alegaciones de AMARRES DE BARCELONA, S.L. no abordadas previamente, y contestación a las mismas	15
3.5.1. Sobre la alegación relativa a los hechos constatados por la Dirección de Competencia	15
3.5.1.1. Sobre la alegación relativa a la concesión de cierta flexibilidad en el plazo	15
3.5.1.2. Sobre la alegación relativa a la inexperiencia de la empresa	16
3.5.2. Sobre las consecuencias jurídicas de las conductas identificadas	16
3.6. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA	17
4. RESUELVE	18

1. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 27 de julio de 2021, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) dictó resolución en el marco del expediente de concentración económica C/1134/20 MOORING & PORT SERVICES, S.L./ CEMESA AMARRES BARCELONA, S.A., consistente en la creación de una empresa en participación con plenas funciones, AMARRES DE BARCELONA S.L. JV, (en adelante, AMARRES DE BARCELONA) con una participación al 50% de MOORING & PORT SERVICES, S.L. (en adelante, MOORING) y CEMESA AMARRES BARCELONA, S.A. (en adelante, CEMESA), mediante la que se acordaba la autorización de la misma con sujeción al cumplimiento de los compromisos propuestos por la notificante con fecha 19 de julio de 2021.
- (2) En particular, dichos compromisos consistían en:

“Las partes en la concentración proyectada, Cemesa Amarres Barcelona, S.A. y Mooring & Port Services, S.L (las “Partes”), se comprometen, en relación con la actividad de prestación de servicios de amarre en el Puerto de Barcelona, a no empeorar las condiciones comerciales y a no incrementar los precios existentes con anterioridad a la concentración. Los precios podrán justificadamente actualizarse anualmente en función del impacto en costes del porcentaje de incremento salarial que resulte del convenio sectorial de amarradores ámbito nacional aplicable cada año. Este compromiso en los términos descritos será de aplicación tanto a los contratos en curso como a sus renovaciones durante la vigencia del presente compromiso, manteniéndose dicho compromiso durante cinco años a contar desde la presente autorización”.
- (3) Las notificantes, además, se comprometieron a presentar a la CNMC informe anual de los precios aplicados, así como copia de los contratos que se renueven para permitir la verificación periódica del compromiso relativo a los precios aplicados:

“Para permitir la verificación periódica del compromiso, las Partes presentarán a la CNMC dentro de los primeros quince días de cada año natural, informe detallando los precios aplicados y copias confidenciales de los contratos renovados en el año inmediatamente anterior”.
- (4) Con fecha 1 de junio de 2023, la Dirección de Competencia (**DC**) elaboró la propuesta de informe parcial de vigilancia (**PIPV**) y se notificó a CEMESA y a MOORING¹. El 23 de junio de 2023 se recibió en la CNMC escrito de alegaciones de AMARRES DE BARCELONA².
- (5) Con fecha 27 de julio de 2023, la DC elevó al Consejo su informe parcial (**IPV**) relativo a la vigilancia del cumplimiento de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 27 de julio de 2021 en el expediente

¹ Folios 615 a 624.

² Folios 632 a 656.

C/1134/20 MOORING & PORT SERVICES, S.L./CEMESA AMARRES BARCELONA, S.A.

- (6) La Sala de Competencia aprobó esta resolución en su sesión del día 4 de octubre de 2023.
- (7) Son interesados en el expediente:
- CEMESA AMARRES BARCELONA, S.A.
 - MOORING & PORT SERVICES, S.L.

2. ACTUACIONES LLEVADAS A CABO POR LA DIRECCION DE COMPETENCIA EN EL EXPEDIENTE DE VIGILANCIA VC/1134/20

- (8) La DC, en su informe emitido el 27 de julio de 2023, describe las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento de vigilancia para verificar el cumplimiento de la resolución de 27 de julio de 2021, recogiendo lo siguiente:

2.1. Solicitudes de información de la Dirección de Competencia

- (9) Con fecha 15 de febrero de 2023, ante la no presentación del informe correspondiente al año 2022 en el plazo estipulado (primeros 15 días del año), la DC requirió a los representantes de CEMESA y MOORING para que aportasen el informe obligado según los compromisos, indicando el motivo de no haberlo presentado en el plazo que figura en los compromisos³. La respuesta tuvo entrada el 17 de febrero de 2023, aportando el informe de cumplimiento correspondiente al año 2022⁴.
- (10) Con fecha 15 de febrero de 2023, la DC dirigió una solicitud de información a la Autoridad Portuaria de Barcelona para que aportase información sobre la vigencia de la licencia de la sociedad AMARRES DE BARCELONA para realizar operaciones en el Puerto de Barcelona, en lo relativo a su fecha de inicio y periodo en el que estuvo en vigor, así como que especificase con qué licencia(s) llevó a cabo la prestación del servicio de amarre en el Puerto de Barcelona desde la fecha de la resolución de 27 de julio de 2021⁵. La respuesta de la Autoridad Portuaria tuvo entrada en la CNMC el 27 de febrero de 2023⁶.
- (11) Con fecha 12 de abril de 2023, la DC remitió una nueva solicitud de información a los representantes de CEMESA y MOORING, para que explicasen detalladamente

³ Folios 113 a 115.

⁴ Folios 177 a 286.

⁵ Folios 108 a 110.

⁶ Folios 364 a 379.

el motivo por el que no fue posible reunir la información íntegra o, al menos, la más completa posible, en el plazo estipulado en los compromisos⁷. La contestación tuvo entrada el 9 de mayo de 2023⁸.

2.2. Informes anuales de cumplimiento remitidos por las partes

- (12) Con fecha 21 de enero de 2022, tuvo entrada en la DC escrito de la representación procesal de CEMESA y MOORING, informando que la licencia precisa para que AMARRES DE BARCELONA operara en el Puerto de Barcelona no estuvo operativa hasta el 13 de enero de 2022, motivo por el que el informe anual que debía remitir a la CNMC no podía realizarse⁹.
- (13) Con fecha 17 de febrero de 2023, a requerimiento de la DC, la representación de CEMESA y MOORING aportó el informe de cumplimiento correspondiente al año 2022¹⁰.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

3.1. Competencia para resolver

- (14) De acuerdo con el artículo 5.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**LCNMC**), a la CNMC le compete aplicar lo dispuesto en la LDC en materia de conductas restrictivas y concentraciones.
- (15) Con respecto a la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos, y teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la LCNMC, el artículo 41.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) establece que la CNMC “...vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”.
- (16) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.5 de la LCNMC, el artículo 71 del RDC dispone, en su apartado 1, que la Dirección de Competencia llevará a cabo las actuaciones necesarias para vigilar la ejecución y el cumplimiento de las resoluciones que se adopten en materia de control de concentraciones y reitera, en su apartado 3, que el Consejo de la CNMC resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia, previa propuesta de la Dirección de Competencia.

⁷ Folios 482 a 483.

⁸ Folios 490 a 614.

⁹ Folio 69.

¹⁰ Folios 177 a 286.

- (17) En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1 a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

3.2. Naturaleza de la presente resolución

- (18) Las resoluciones del Consejo por las que se aprueban informes parciales de vigilancia se adoptan al amparo de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 42 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC).
- (19) Tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional han sentado una doctrina clara¹¹ sobre la naturaleza y finalidades de estas resoluciones de vigilancia. Interesa destacar el siguiente extracto de la STS de 25 de noviembre de 2020:

“Expresamente señala también el criterio jurisprudencial de aplicación en la resolución del presente recurso que el procedimiento de vigilancia, en el marco de su limitado alcance de verificación del estado de cumplimiento de una obligación, puede lógicamente concluir con una declaración de cumplimiento o de incumplimiento, parcial o completo en uno u otro caso, declaración que queda circunscrita al momento en que se ha desarrollado el procedimiento, insistiendo el criterio jurisprudencial que seguimos en que el objeto del procedimiento de vigilancia no es constatar si se ha incurrido en un incumplimiento constitutivo de la referida infracción grave, sino simplemente constatar el estado de la cuestión para, en su caso, incentivar el cumplimiento de la obligación mediante la previsión de multas coercitivas o la incoación de un expediente sancionador.”

- (20) Por lo tanto, estas resoluciones no tienen en ningún caso una naturaleza sancionadora. Lo que implica que las declaraciones de incumplimiento deben hacerse por el Consejo desde una perspectiva objetiva, sin valorar si ello pudiera dar o no lugar a un procedimiento sancionador, y con la finalidad principal de incentivar el cumplimiento de la obligación que se reputa infringida. Ello sin perjuicio de que el Consejo pueda apreciar que existen indicios de la comisión de una infracción e instar a la Dirección de Competencia, como órgano competente, para que incoe el procedimiento sancionador correspondiente al respecto.
- (21) La DC, en su actividad de vigilancia ha realizado un minucioso análisis en su IPV sobre el cumplimiento de los compromisos recogidos en la resolución de 27 de julio de 2021.

¹¹ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2020, recurso de casación 7594/2019.

3.3. Hechos acreditados en relación con el cumplimiento de los compromisos

- (22) Como se ha señalado anteriormente, durante los primeros 15 días de 2022 no fue presentado el primer informe de vigilancia. Con fecha 21 de enero de 2022, tuvo entrada en la DC un escrito de la representación de CEMESA y MOORING, por el que informaba de que la licencia precisa para que AMARRES DE BARCELONA operara en el Puerto de Barcelona no estuvo operativa hasta el 13 de enero de 2022, por lo que la empresa resultante de la operación no había operado en el puerto de Barcelona durante el año 2021 y, en consecuencia, no había habido alteración de precios en 2021, motivo por el que no procedía la realización y la remisión del informe anual a la CNMC¹².
- (23) Este hecho está comprobado documentalmente mediante la publicación de la concesión de dicha licencia en el BOE de 7 de marzo de 2022¹³.
- (24) Por otra parte, según la respuesta de la Autoridad Portuaria de Barcelona de 27 de febrero de 2023, en un primer momento, mediante resolución de la Presidencia de la Autoridad Portuaria de 30 de junio de 2021 se otorgó a AMARRES DE BARCELONA una licencia condicionada, entre otras, a la resolución que dictase la CNMC como consecuencia de la concentración económica. En la mencionada resolución se establecía que la fecha en que la prestación del servicio se iniciaría, en ningún caso podría ser superior a dos meses desde la notificación de la resolución de la CNMC¹⁴.
- (25) Posteriormente, mediante escrito presentado con fecha 27 de octubre de 2021, AMARRES DE BARCELONA solicitó a la Autoridad Portuaria de Barcelona que se acordase una ampliación del mencionado plazo de dos meses, hasta el día 1 de enero de 2022¹⁵.
- (26) En dicha petición indicaban que el informe favorable de la CNMC fue recibido por las empresas socias de AMARRES DE BARCELONA el día 3 de septiembre de 2021, momento a partir del cual, AMARRES DE BARCELONA debía aportar toda la documentación requerida y empezar sus operaciones en un plazo no superior a 2 meses (esto es, antes del 3 de noviembre de 2021). No obstante, dada la complejidad organizativa, especialmente en cuanto a los medios humanos, consideraban más conveniente que el inicio de las actividades por parte de AMARRES DE BARCELONA tuviera lugar el 1 de enero de 2022.
- (27) De esta forma, una vez presentada por AMARRES DE BARCELONA la solicitud de licencia del servicio de amarre y aprobada la concentración económica, mediante

¹² Folio 69.

¹³ Folio 286.

¹⁴ Folios 364 a 366.

¹⁵ Folio 366.

resolución de la Presidencia de la Autoridad Portuaria de Barcelona de fecha 13 de enero del 2022, se resolvió el otorgamiento de una licencia a la mencionada sociedad con efectos a partir del 17 de enero del 2022 y por un plazo de 6 años, es decir, hasta el 16 de enero del 2028¹⁶.

- (28) Por otra parte, durante los primeros 15 días de 2023 no fue aportado el segundo informe anual de vigilancia por ninguna de las partes obligadas por los compromisos.
- (29) Tras la solicitud de información realizada por la DC al respecto, con fecha 17 de febrero de 2023, AMARRES BARCELONA informó de que no pudo disponer de la información necesaria para entregar el informe en el plazo requerido¹⁷.
- (30) En particular, la contestación de AMARRES DE BARCELONA fue expresada en los siguientes términos:

“A los oportunos efectos, se hace constar que la Sociedad no ha podido disponer de la información definitiva hasta el cierre del mes de enero de 2023, dado que los precios del amarre se fijan mediante un sistema de descuentos sobre los precios referenciados por la Autoridad Portuaria de Barcelona que puede variar en función del volumen del tráfico e incluso del tonelaje de los barcos. Por tanto, ha sido necesaria la revisión y ajuste de los descuentos para poder dar la información definitiva, razón por la cual no se podía hacer antes y la Sociedad aporta ahora la información con la mayor urgencia posible”.

- (31) A fin de verificar la aducida imposibilidad de reunir la información y remitir el informe preceptivo en plazo, se han examinado los contratos confidenciales aportados por AMARRES DE BARCELONA, en lo relativo a la forma en que se determina el precio de los servicios que presta, los descuentos y el modo y plazo de facturación.
- (32) AMARRES DE BARCELONA aportó, con fecha 9 de mayo de 2023, los contratos vigentes en 2021 y 2022¹⁸. **[confidencial]**, respectivamente. Estos contratos fueron firmados en el periodo comprendido entre el 29 de diciembre de 2021 y el 6 de septiembre de 2022.
- (33) En cuanto al precio, AMARRES DE BARCELONA factura con base en las tarifas máximas aprobadas la Autoridad Portuaria, con un descuento fijo sobre dichas tarifas. Este descuento se determina de forma particular para cada línea marítima con la que contrata AMARRES DE BARCELONA, quien se reserva el derecho a actualizar el porcentaje de descuento anualmente, de manera justificada, ajustándolo, como máximo, de manera proporcional, en función de la variación oficial de los costes salariales del personal de amarre.
- (34) En cuanto a las condiciones de facturación y pago, AMARRES DE BARCELONA factura a la línea marítima todos los servicios prestados, mediante facturas que se

¹⁶ Folio 366.

¹⁷ Folios 177 a 183.

¹⁸ Folios 499 a 607.

emiten con una determinada fecha de vencimiento, plazo que es particularizado para cada contrato. No obstante, este plazo es, con carácter general, 30 días, aunque en algunos contratos se establecen plazos de 60 y 90 días.

- (35) Por tanto, estas cláusulas son comunes en la mayoría de los contratos facilitados, y solamente varían, como se ha indicado, en dos parámetros: el descuento fijo aplicado a las tarifas máximas aprobadas por la Autoridad Portuaria y el plazo de pago con que son emitidas las facturas.
- (36) **[confidencial]**
- (37) **[confidencial]**
- (38) **[confidencial]**
- (39) **[confidencial]**
- (40) Posteriormente, el 9 de mayo de 2023, ante la nueva solicitud de información dirigida por la DC, AMARRES DE BARCELONA ha justificado la falta de presentación del informe anual en el plazo señalado en la resolución de la CNMC por los tiempos del proceso administrativo interno de la sociedad y, específicamente, por tres motivos¹⁹:
- *“El proceso de cierre de cuentas y la revisión de las mismas.*
 - *Para el envío de las facturas AMARRES DE BARCELONA debe contrastar, en un porcentaje importante de las facturas, la identidad del armador, para poder aplicar de forma correcta los acuerdos comerciales existentes, y, por tanto, AMARRES DE BARCELONA requiere de un tiempo adicional para corroborar que todos los datos finales son correctos. Adicionalmente, el envío de las últimas facturas del año en ocasiones se produce a lo largo del mes de enero una vez cerradas las cuantías y hasta que concluye el período de liquidación del IVA al final de dicho mes de enero.*
 - *Durante esos primeros 15 días del año, gran parte de la plantilla encargada de estas tareas está de vacaciones.”*

3.4. VALORACION DEL ORGANO INSTRUCTOR

- (41) La DC señala, en primer lugar, que, pese a que el primer informe de cumplimiento debió presentarse por las partes en los primeros quince días de enero de 2022, correspondiente al periodo comprendido desde la aprobación de la concentración, 17 de julio de 2021, hasta el 31 de diciembre de 2021, la concesión de la licencia a AMARRES DE BARCELONA se retrasó hasta 13 de enero de 2022, por lo que los servicios de amarre y desamarre en el puerto de Barcelona durante 2021 se prestaron con las licencias hasta entonces vigentes de CEMESA y MOORING.
- (42) Por ello, no estando operativa la entidad resultante de la operación y siendo aplicados los mismos precios anteriores a la concentración, efectivamente, no resultaba razonable la realización y remisión del correspondiente informe. En este

¹⁹ Folios 492 y 493.

sentido, con fecha 21 de enero de 2022, tuvo entrada en la DC un escrito de la representación de CEMESA y MOORING, por el que informaba de dicha circunstancia y justificaba la improcedencia de aportar el informe correspondiente.

- (43) En segundo lugar la DC destaca que las partes no presentaron en plazo el informe anual correspondiente al año 2022, en el que sí ha estado operativa la licencia de la entidad resultante de la operación de la concentración económica. Dicho informe solamente fue presentado el 17 de febrero de 2023, a requerimiento de la DC.
- (44) Las razones aducidas para la no presentación del informe en plazo pueden resumirse, en virtud de lo expuesto con anterioridad y del escrito de alegaciones presentado por AMARRES DE BARCELONA, del siguiente modo:

- i) El sistema de descuentos aplicado varía en función del volumen del tráfico e incluso del tonelaje de los barcos.
- ii) La necesidad de confirmar la identidad del armador en los servicios contratados por las empresas consignatarias impide que todas las comprobaciones se puedan realizar dentro del periodo de facturación e información a la CNMC.

Aunque no se trate del grueso de la información, AMARRES considera que esta circunstancia justifica la necesidad de disponer de algo más de tiempo que los quince días siguientes al cierre del ejercicio económico, para poder disponer de toda la información, sin margen de error. A efectos ejemplificativos, AMARRES aporta una serie de facturas rectificativas por ajustes realizados por dicho motivo, algunos de los cuales llegan a producirse a finales del mes de febrero (concretamente el día 23 de febrero). Esta circunstancia, según la empresa, no desvirtúa que pueda enviarse a este organismo parte de la información requerida con carácter provisional en la fecha comprometida, aunque denota que será imposible que dicha información aportada sea la definitiva y deberá ampliarse con posteriores ajustes.

- iii) Determinada información no se encuentra disponible en la fecha de obligada presentación del informe y, específicamente, alude a que el envío de las últimas facturas del año en ocasiones se produce a lo largo del mes de enero una vez cerradas las cuantías y hasta que concluye el período de liquidación del IVA al final de dicho mes de enero.

A este respecto, AMARRES DE BARCELONA aduce que el hecho de que en la mayoría de las facturas no se repercute IVA no implica que la facturación no esté completamente cerrada hasta cierto tiempo después a la finalización del periodo al que se refiere dicha facturación. Así, señala que todas las facturas que se emiten deben tener en cuenta diferentes factores (bandera, tráfico, localización, etc...) para la correcta aplicación del IVA o de su exención, y si bien, por lo general, esto no afecta a los descuentos que deben aplicarse en función de los contratos o acuerdos firmados con los armadores y/o

consignatarios, sí que es cierto que ello comporta que se retrase la factura definitiva, ésta no se haya podido contabilizar y, por tanto, no se disponga del descuento medio anual total.

- iv) Por último, con relación a las facturas de los últimos días de diciembre, indica que, una vez se dispone del 100% de la información, los procesos de consolidación contable requieren, asimismo, de un plazo prudencial.

En tal sentido, alega que, aunque el compromiso no comprende la obligación de presentar las cuentas anuales o los estados contables más complejos, es igualmente cierto que todas las cuestiones referentes al cierre de la facturación sí que tienen cierta influencia sobre las cifras definitivas de la facturación y del descuento medio aplicado al conjunto de los clientes. En este sentido, hace notar, a modo de ejemplo, que las obligaciones formales de presentar resúmenes anuales de IVA o similares, nunca son antes del 31 de enero del año siguiente al ejercicio en cuestión.

- v) Gran parte de la plantilla está de vacaciones en dichas fechas.

- (45) Al respecto, la DC considera acreditado, a través de la información facilitada por la Autoridad Portuaria de Barcelona, que las tarifas máximas aplicables a la prestación del servicio de amarre y desamarre fueron modificadas en febrero de 2022 por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Barcelona, a solicitud de la prestadora del servicio, AMARRES DE BARCELONA. De nuevo, el 22 de febrero de 2023 se volvieron a incrementar las tarifas máximas tras haberse recibido solicitud por parte de la licenciataria, con fecha 10 de noviembre de 2022.
- (46) Por lo tanto, CEMESA, MOORING y AMARRES DE BARCELONA han sido concedoras, para los ejercicios 2022 y 2023, del marco tarifario vigente desde el mes de febrero de cada año.
- (47) AMARRES defiende que, aunque el compromiso no comprende la obligación de presentar las cuentas anuales o los estados contables más complejos, todas las cuestiones referentes al cierre de la facturación, sí que tienen cierta influencia sobre las cifras definitivas de la facturación y del descuento medio aplicado al conjunto de los clientes, aunque no justifica en qué medida y de qué manera se produce dicha influencia.
- (48) Según la DC, del análisis realizado de los contratos enviados por AMARRES DE BARCELONA, **[confidencial]**.
- (49) En el resto de los casos, todos los descuentos son conocidos desde la fecha de firma del contrato correspondiente²⁰ y los servicios son facturados en un plazo, con carácter general, de 30 días.

²⁰ Los contratos fueron firmados entre el 29 de diciembre de 2021 y el 6 de septiembre de 2022.

- (50) Por tanto, a juicio de la DC, considerando dicha fecha de firma del contrato, solamente resulta admisible que la información de precios relativa a operaciones de amarre y desamarre realizadas en los últimos días del año 2022 y la correspondiente consolidación contable podrían no estar disponibles en la fecha de obligada presentación del informe, como la propia empresa reconoce en sus alegaciones²¹.
- (51) Por otro lado, la DC considera que el hecho de que una parte de los servicios sean facturados a empresas consignatarias que actúan en nombre de las navieras y AMARRES DE BARCELONA tenga que comprobar la identidad del armador para poder aplicar de forma correcta los acuerdos comerciales existentes, no impide que tales comprobaciones, relativamente sencillas, puedan realizarse, mayormente, dentro del periodo de facturación mencionado. Además, como la propia empresa reconoce en sus alegaciones, ello tampoco hubiera sido óbice para enviar la información de forma incompleta y con carácter provisional en la fecha comprometida, a expensas de ampliarla con posteriores ajustes.
- (52) En todo caso, la DC expresa que llama la atención, nuevamente, que la empresa aluda y aporte ahora, con motivo de sus alegaciones de fecha 23 de junio de 2023, determinados ajustes realizados con posterioridad a la remisión del informe a la CNMC el 17 de febrero de 2023 sin que el mismo fuera completado tan pronto se produjeron dichos ajustes²², de conformidad con el proceder refrendado por la propia AMARRES en sus alegaciones²³.
- (53) Asimismo, considera que, aunque AMARRES DE BARCELONA aduce que hasta que concluye el período de liquidación del IVA, al final del mes de enero, tampoco dispone de la información requerida, dicha vinculación con el periodo de liquidación del IVA no se justifica suficientemente considerando que en estos servicios de amarre y desamarre no se repercute IVA, de acuerdo con las facturas aportadas por la propia empresa.
- (54) La inclusión en las facturas de determinados datos para la correcta aplicación del IVA o su exención y el retraso que ello implica en la conformación de la factura definitiva tampoco impide que la empresa conozca desde un momento anterior los precios aplicados a cada uno de sus clientes, lo que constituye el verdadero contenido del informe que debe presentar a la CNMC sin que sea preciso aportar las facturas definitivas.
- (55) En el mismo sentido, no comparte la analogía sobre las obligaciones formales de presentar resúmenes anuales de IVA o similares, que la empresa no explica, ni siquiera someramente, más allá de afirmar que “tienen cierta influencia sobre las

²¹ Folio 633.

²² Ajustes que AMARRES certifica aportando varios correos electrónicos que incorporan facturas rectificativas, con fechas de 17 y 23 de febrero de 2023 (folios 643 y 648), que difícilmente, pudieron ser incorporados al informe remitido de fecha 17 de febrero de 2023.

²³ Folio 634.

cifras definitivas de la facturación y del descuento medio aplicado” y que, en todo caso, debió ser tenido en cuenta en el momento de proponer a la DC sus compromisos de información.

- (56) Por último, las vacaciones de la plantilla tampoco pueden ser en ningún caso argumento válido que justifique el incumplimiento de un compromiso aprobado por el Consejo de la CNMC.
- (57) En todo caso, considerando todo lo anterior, la DC concluye que, en el supuesto de existir mayor dificultad, o incluso imposibilidad, para aportar determinada información relativa a las últimas operaciones de 2022, la empresa, al objeto de cumplir el compromiso, debería haber presentado dentro del plazo establecido por el Consejo de la CNMC la información más completa posible de la que dispusiera. Forma de proceder avalada, por lo demás, en las propias alegaciones de la empresa²⁴.
- (58) Además, es preciso recordar que fue la propia AMARRES la que ofreció y se comprometió, con el fin de permitir la verificación periódica del compromiso, a presentar el correspondiente informe dentro de los primeros quince días de cada año natural, plazo que fue finalmente aprobado por el Consejo de la CNMC, haciéndolo obligatorio para la empresa.
- (59) Ello, en último término, no resulta, según la DC, coherente con las alegaciones presentadas ahora sobre la evidente imposibilidad de presentar la información completa en dicho plazo²⁵, puesto que la empresa debía ser consciente de dichas dificultades cuando presentó los compromisos. Tampoco resulta coherente, según la DC, que ahora, a pesar de las alegaciones efectuadas al respecto, no proponga una modificación de los compromisos en tal sentido y solamente se limite a solicitar, en ejercicios sucesivos, cierta flexibilidad con el plazo de quince días siguientes al cierre del ejercicio económico a fin de poder dar cumplimiento satisfactorio a sus deberes de información²⁶.
- (60) Además, aunque la empresa adujera en su contestación de 17 de febrero de 2023 que había presentado la información con la mayor urgencia posible, es necesario subrayar que solamente lo hizo una vez fue requerida por la DC.
- (61) En tal sentido, AMARRES DE BARCELONA alega en su escrito de alegaciones que el informe estaba ya en preparación en el momento en que se requirió su presentación y, como prueba de ello, señalan que tan sólo dos días después respondieron a la solicitud de información con la remisión del informe.
- (62) No obstante, la DC indica que estos hechos no desvirtúan el claro y efectivo incumplimiento, tal y como la propia empresa reconoce en reiteradas ocasiones en

²⁴ Folio 634.

²⁵ Folios 633, 634 y 635.

²⁶ Folio 635.

su escrito de alegaciones: *“es evidente que se cometió un error en la apreciación de la fecha de presentación fijada en el compromiso alcanzado con la CNMC”*²⁷; *“lo que hizo infravalorar la obligación formal de presentar esta información el día quince de enero”*²⁸; *“el retraso enunciado no volverá a tener lugar”*²⁹. Por ello, aunque AMARRES DE BARCELONA hubiera remitido, por propia voluntad, el informe sin necesidad de ser requerido por la DC, en todo caso, dicha remisión se habría producido fuera del plazo señalado en los compromisos y habría incurrido en un incumplimiento de dicho plazo.

- (63) Para la DC, resulta evidente que AMARRES DE BARCELONA conocía perfectamente las fechas establecidas en la resolución para el envío del informe y, si no disponía de toda la información necesaria, una actuación prudente y diligente, como ha admitido la propia empresa, le debería haber llevado a presentar en plazo la información de la forma más completa posible, informando de dicha circunstancia a la DC y siendo completada con posterioridad.
- (64) AMARRES DE BARCELONA señala en su escrito de alegaciones de 23 de junio de 2023, que *“esta parte quiso ser muy escrupulosa y precisa a la hora de informar a la CNMC, lo que hizo **infravalorar la obligación formal** de presentar esta información el día quince de enero [...]”* (énfasis añadido). No obstante, la DC señala que la pretendida escrupulosidad y precisión a la hora de informar a la CNMC no se compadece bien con la aducida infravaloración de la obligación formal, que constituye un elemento esencial de la obligación que se pretende cumplir, puesto que forma parte del contenido del compromiso aprobado por el Consejo. Además, tampoco se corresponde con el hecho de que no haya completado el informe remitido el pasado 17 de febrero con los ajustes al mismo producidos con posterioridad y mencionados por la empresa a título de ejemplo en sus alegaciones.
- (65) En definitiva, la DC considera que el plazo recogido en los compromisos era claro y plenamente conocido por la empresa, el incumplimiento del mismo no ha sido razonablemente justificado por la misma, ni ha llevado a cabo ninguna actuación para, de forma diligente, intentar eludir, en la medida de sus posibilidades, dicho incumplimiento. Además, ni siquiera ahora, que alega la imposibilidad de presentar el informe en los primeros quince días del año natural y que las razones aducidas se repetirán con ocasión de la presentación del siguiente informe, la empresa ha solicitado, de forma coherente con sus propias alegaciones, la correspondiente modificación de dicho plazo.

²⁷ Folio 633.

²⁸ Folio 635.

²⁹ Folio 636.

3.5 Alegaciones de AMARRES DE BARCELONA, S.L. no abordadas previamente, y contestación a las mismas

- (66) El 23 de junio de 2023 tuvo entrada en la CNMC el escrito de alegaciones de AMARRES DE BARCELONA, a la propuesta de informe parcial de vigilancia de la DC.

3.5.1. Sobre la alegación relativa a los hechos constatados por la Dirección de Competencia

- (67) De forma preliminar, es preciso subrayar, nuevamente, que la empresa, en su escrito de alegaciones de 23 de junio de 2023³⁰, reconoce estar plenamente conforme con las valoraciones contenidas en la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia relativas a la presentación fuera de plazo del informe preceptivo, sobre las que solamente realiza determinadas matizaciones.

3.5.1.1. Sobre la alegación relativa a la concesión de cierta flexibilidad en el plazo

- (68) La alegante solicita en su escrito que, en ejercicios sucesivos, se le permita cierta flexibilidad con el plazo indicado de quince días siguientes al cierre del ejercicio económico, a fin de poder dar cumplimiento satisfactorio a sus deberes de información.

Contestación a la alegación

- (69) Si las obligadas al cumplimiento de los compromisos consideran necesaria una modificación de los mismos con relación al plazo establecido para la presentación del informe, deben solicitarlo formalmente proponiendo un nuevo plazo para su valoración por el Consejo de la CNMC, tal y como establece el artículo 71 del RDC, que desarrolla las facultades de vigilancia previstas en la Ley 15/2007, en su apartado 3: *“El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia, previa propuesta de la Dirección de Investigación. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia”*.
- (70) En otro caso, no resulta procedente por parte de la empresa, al hilo del incumplimiento detectado, ni pretender ni solicitar cierta flexibilidad a la DC en la interpretación de unos compromisos aprobados mediante resolución del Consejo de la CNMC, pues la actuación de la DC se halla determinada, específicamente, por lo establecido en los artículos 41 de la LDC y 42 del RDC.
- (71) En todo caso, resulta conveniente recordar que el primer año después de la aprobación de la resolución, el informe también fue aportado por la empresa con

³⁰ Folios 633 a 635.

retraso, pero este retraso fue justificado por la empresa en su escrito de 21 de enero de 2022, al poner de manifiesto que la licencia de la sociedad resultante de la operación de concentración no entró en vigor hasta el 13 de enero de 2022, por lo que resultaba improcedente la redacción del informe anual. Por ello, dicho retraso no dio lugar a un incumplimiento.

3.5.1.2. Sobre la alegación relativa a la inexperiencia de la empresa

- (72) Finalmente, la empresa solicita que sea tenida en cuenta la inexperiencia en este tipo de procedimientos, aunque no pueda servir de excusa justificativa.

Contestación a la alegación

- (73) Tal y como la propia empresa reconoce, lo alegado por la misma con relación a su inexperiencia no puede servir de excusa justificativa al presente incumplimiento, en primer lugar, porque es necesario recordar, nuevamente, que los compromisos y su plazo fueron propuestos por ella misma. En segundo lugar, resulta evidente que el cumplimiento de un plazo determinado y establecido en una resolución notificada y publicada no requiere de ninguna experiencia ni de ningún procedimiento de interpretación que revista especial complejidad.
- (74) Por otra parte, las empresas obligadas eran conscientes desde la notificación de la resolución, producida el 28 de julio de 2021, tanto del plazo de obligado cumplimiento como de lo dispuesto en los Resuelve Primero a Cuarto de la resolución con relación a las consecuencias de un incumplimiento, siendo el segundo año que estaba obligada a la presentación del informe.

3.5.2. Sobre las consecuencias jurídicas de las conductas identificadas

- (75) La alegante solicita que se declare cumplido el compromiso, aunque sea con un ligero retraso y, subsidiariamente, en el supuesto de que se declare el incumplimiento, solicita que se estime que el mismo es de “*nula o muy escasa materialidad*”.
- (76) Asimismo, aduce, de acuerdo con el principio general de oportunidad del ejercicio de potestad sancionadora, la ausencia de oportunidad de incoar un expediente sancionador, estando solamente ante un ligero retraso, sin efecto alguno sobre la competencia y añade que las multas coercitivas sólo son procedentes en presencia de un incumplimiento existente y de tracto sucesivo, con la finalidad de imponer dicho cumplimiento.
- (77) Finalmente, afirma que el retraso no volverá a tener lugar.

Contestación a la alegación

- (78) Hay que subrayar que todos los plazos establecidos en las resoluciones del Consejo de la CNMC son relevantes, especialmente en el caso ahora analizado de informes periódicos que la empresa debe remitir para poder facilitar el seguimiento de los compromisos impuestos, a fin de poder vigilar adecuadamente el cumplimiento

material de dichos compromisos. Por lo que el hecho de constituir un elemento formal no justifica su observancia discrecional por parte de la empresa. Si así fuera, no tendría ningún sentido ni ninguna virtualidad el establecimiento en las resoluciones de la CNMC de dichas obligaciones de información a la CNMC en un plazo determinado.

- (79) Por tanto, la DC considera que aportar el informe fuera de plazo establecido en los compromisos constituye un incumplimiento de los mismos que deberá de ser valorado, en su caso, en el eventual expediente sancionador que se pudiera incoar. En particular, la mayor o menor envergadura del incumplimiento y, en este caso, del retraso, será tenido en cuenta a la hora de la determinación de la eventual multa que pudiera corresponder, de conformidad con lo dispuesto en el art. 64 de la LDC.
- (80) Asimismo, hay que mencionar que resulta contradictoria la afirmación de la alegante en el sentido de que dicho retraso no se va a volver a producir, cuando según ella misma ha declarado en las presentes alegaciones, que hay una parte de la información de la que no se puede disponer en dicha fecha, sin que haya pedido la modificación de dicho plazo de cara al informe del próximo año que deberá ser remitido asimismo en los primeros 15 días del año natural.
- (81) Por último, en cuanto a los principios que rigen la potestad sancionadora, hay que recordar a la alegante que los mismos se encuentran recogidos en los artículos 25 a 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, siendo el primero de ellos el principio de legalidad según el cual la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas “*se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio [...]*”.

3.6. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

- (82) A la vista del pormenorizado y completo análisis desarrollado por la DC en su actividad de vigilancia, que ha sido expresado en su IPV de 27 de julio de 2023 y sintetizado en anteriores fundamentos de derecho de la presente resolución, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC coincide con las conclusiones alcanzadas en dicho IPV y considera que CEMESA AMARRES BARCELONA, S.A. y MOORING & PORT SERVICES, S.L. no habrían dado cumplimiento a los compromisos recogidos en la resolución del Consejo de la CNMC de 27 de julio de 2021, a los que quedó subordinada la aprobación de la operación C/1134/20.
- (83) Como ya se ha indicado, las partes se comprometieron a no empeorar las condiciones comerciales y a no incrementar los precios existentes con anterioridad a la concentración. Los precios solamente pueden actualizarse anualmente, de manera justificada, en función del impacto en costes del porcentaje de incremento salarial que resulte del convenio sectorial de amarradores ámbito nacional aplicable cada año.

- (84) Para permitir la verificación periódica del citado compromiso, CEMESA AMARRES BARCELONA, S.A. y MOORING & PORT SERVICES, S.L. se comprometieron a presentar a la CNMC un informe anual de los precios aplicados, así como copia de los contratos que se renovasen. En concreto, el compromiso indica lo siguiente:

“Para permitir la verificación periódica del compromiso, las Partes presentarán a la CNMC dentro de los primeros quince días de cada año natural, informe detallando los precios aplicados y copias confidenciales de los contratos renovados en el año inmediatamente anterior”.

- (85) A la vista de cuanto se ha señalado en esta resolución, CEMESA AMARRES BARCELONA, S.A. y MOORING & PORT SERVICES, S.L. han incumplido este último compromiso de información al no presentar en plazo el informe anual correspondiente al año 2022, en el que sí ha estado operativa la licencia de la entidad resultante de la operación de la concentración económica. Dicho informe fue presentado el 17 de febrero de 2023, a requerimiento de la DC.

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

4. RESUELVE

Primero. - Declarar la existencia de un incumplimiento por parte de CEMESA AMARRES BARCELONA, S.A. y MOORING & PORT SERVICES, S.L., apreciado en la vigilancia del cumplimiento de los compromisos a los que se subordinó la operación de concentración C/1134/20, MOORING & PORT SERVICES, S.L./CEMESA AMARRES BARCELONA, S.A., autorizada por la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 27 de julio de 2021, en los términos declarados en el Fundamento de Derecho Sexto de la presente resolución.

Segundo. - Interesar de la Dirección de Competencia la incoación de expediente sancionador por existir indicios de la infracción prevista en el artículo 62.4 c) de la LDC, como consecuencia de los incumplimientos declarados en esta resolución.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.