

El Tribunal Supremo niega que la ausencia de riesgo del agente baste para excluir un contrato de agencia de la prohibición de acuerdos colusorios cuando principal y agente compiten en algún mercado afectado por el contrato (asunto *Telefónica/Yoigo*)

1. En su reciente sentencia de 22 de julio,¹ la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) desestima el recurso de casación interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles de España, S.A.U. (**Telefónica**) frente a la sentencia de la Audiencia Nacional (AN) de 5 de mayo de 2021, que solo había estimado en parte su recurso contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 16 de julio de 2015 (expte. S/0490/13, *Acuerdos Telefónica/Yoigo*).

2. La CNMC declaró que Telefónica y Xfera Móviles, S.A.U. (**Yoigo**) habían cometido una infracción única y continuada de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) mediante un conjunto de acuerdos de itinerancia y un contrato de agencia, y les impuso multas de 6 millones de euros y 300.000 euros, respectivamente. En virtud del contrato de agencia, de 2013, Yoigo comercializaba, en nombre y por cuenta de Telefónica, sus servicios de telefonía fija y banda ancha junto con sus propios servicios móviles en ofertas convergentes. La CNMC admitió que el contrato podía ser procompetitivo, al permitir a Yoigo ofrecer paquetes fijo-móvil sin red fija propia, pero consideró que varias cláusulas neutralizaban esas ventajas y restringían la presión competitiva de Yoigo sobre Telefónica en el mercado minorista de comunicaciones móviles. La AN anuló dos de los reproches relativos a la itinerancia y confirmó el resto.

3. El TS admitió a trámite el recurso de casación sobre una única cuestión: si el contrato de agencia era un acuerdo vertical excluido del artículo 101.1 TFUE. Era pacífico que Yoigo no asumía riesgo financiero ni comercial alguno. Llama la atención que ni la CNMC ni la AN hubieran analizado si se trataba de una agencia genuina: la CNMC despachó la cuestión en una frase, calificando el acuerdo de cooperación horizontal con independencia de su denominación, y la cuestión llegó al TS solo porque así la formuló el auto de admisión. Lo que el TS debía resolver no era, por tanto, si existía riesgo, sino si su ausencia bastaba para que el contrato no estuviese cubierto por los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC.

4. La regla en sí no es nueva. La exención por categorías no alcanza a los acuerdos verticales entre competidores (art. 2.4 del Reglamento (UE) 330/2010, hoy Reglamento (UE) 2022/720), y las Directrices relativas a las restricciones verticales ya prevén que un acuerdo de agencia genuino puede entrar en el ámbito del artículo 101.1 TFUE si facilita la colusión. Lo relevante es la amplitud con la que el TS la interpreta, ahora como doctrina casacional, en dos aspectos. En primer lugar, Telefónica alegaba que las partes no eran competidoras, porque Yoigo nunca había operado en telefonía fija, ni por sí misma ni como agente de nadie, y carecía de medios económicos para entrar en ese mercado. El TS atiende en cambio a los mercados afectados por el contrato, incluidos el de comunicaciones móviles minoristas y el de ofertas convergentes fijo-móvil, en los que el agente vende sus propios productos. En segundo lugar, el TS entiende que “*facilita la colusión*” cualquier cláusula con efectos horizontales restrictivos entre competidores directos, lo que parece ir más allá de los ejemplos que se citan el párrafo 20 de las Directrices de 2010 (y párrafo 44 de las Directrices de 2022), que se refieren a casos en que los principales que comparten agentes

¹ Sentencia 980/2026 del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2026, recurso de casación 1175/2025, *Telefónica/Yoigo* (ECLI:ES:TS:2026:3728).

excluyen colectivamente a otros principales, o se sirven de ellos para coordinar su estrategia comercial o intercambiar información sensible.

5. En este caso resultaron determinantes dos cláusulas. La primera, una regla operativa que impedía a Yoigo ofrecer el paquete a una parte significativa de los clientes de banda ancha fija de Telefónica, lo que protegía la base de clientes del principal frente a su agente-competidor mientras Telefónica captaba nuevos clientes a través de Yoigo. Las restricciones de clientela son normalmente inherentes a la agencia, pero aquí prevaleció el contexto horizontal. La segunda, la vigencia pactada para el contrato de seis meses con prórroga automática, salvo previo aviso en contra de cualquiera de las partes, que el TS considera un instrumento para disciplinar a Yoigo ajeno a las obligaciones propias de la agencia incluso en la hipótesis de una agencia genuina. El riesgo, conforme la interpretación de la CNMC, no era teórico: el 28 de mayo de 2014 Telefónica comunicó a Yoigo, en aplicación de lo pactado, que no renovaría el contrato más allá del 31 de julio y, 16 días antes del vencimiento, le ofreció una prórroga de otros nuevos seis meses que Yoigo aceptó. La lectura amplia del TS encaja sin dificultad en la primera cláusula, puesto que el compromiso de no competir por los clientes de un rival es un reparto de clientela clásico. Sin embargo, parece forzar el concepto en el caso de la cláusula de vigencia semestral ya que una facultad recíproca de no renovar el contrato disciplina a cualquiera de las partes respecto de la ejecución de las cláusulas contractuales, pero no supone automáticamente coordinar la conducta competitiva de las mismas en el mercado.