

## TRIBUNAS

### » Agencia no genuina, derecho de la competencia y derecho mercantil

Portal Diario Jurídico, 29.11.09  
Jesús Alfaro

Los acuerdos de agencia quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE (y, por tanto, están exentos de la prohibición de acuerdos restrictivos) si son acuerdos de agencia "genuinos", esto es, aquéllos en los que el agente no asume riesgos significativos derivados de: (i) el contrato celebrado o negociado por cuenta del principal, (ii) las inversiones destinadas al mercado para dicho ámbito de actividad y (iii) otras actividades imprescindibles para la venta o la compra de las mercancías o servicios objeto del contrato en nombre del principal (i.e., servicios postventa o de reparación).

En definitiva, si el agente se limita a promover los negocios de su principal y no asume riesgos relativos a estos negocios (que son asumidos por el principal), no hay dos empresas a efectos del Derecho de la competencia y, por tanto, tampoco un acuerdo restrictivo. Por el contrario, si el agente asume riesgos significativos que deriven de los contratos que celebra por cuenta del principal (por ejemplo, si el tercero no paga el precio de las mercancías, él ha de abonarlo al principal; si la mercancía se destruye, la pérdida la soporta el agente; el agente ha de abonar el precio de la mercancía al principal con independencia de que logre cobrar dicho precio del tercero al que se vende la mercancía...), no estamos ante un acuerdo de agencia "genuino" a efectos del Derecho de la Competencia y las prohibiciones de cláusulas de MPR, restricciones de las ventas pasivas, obligaciones de abastecimiento exclusivo etc se aplican.

La evolución jurisprudencial más reciente ha provocado que el concepto de agencia a efectos del Derecho mercantil y a efectos del Derecho de la Competencia dejen de coincidir exactamente. Así, el criterio decisivo a efectos del primero es que el agente actúa frente a los terceros por cuenta del principal y, por tanto, que no "compra y revende" de manera que la relación contractual se establece directamente entre el principal y el tercero (art. 1 LCA).

Por el contrario, a efectos del Derecho de la Competencia, aunque se den estos requisitos, si el agente asume riesgos financieros y comerciales puede haber una "agencia no genuina". Esto provoca algunos problemas. Por ejemplo, en una reciente [sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid](#) (SAP Madrid, de 5 de marzo de 2009), se planteó la cuestión de si un contrato de Arrendamiento de Industria y Exclusiva de Abastecimiento contenía una cláusula de fijación de precio de reventa contraria al artículo 81.1 TCE.

En su análisis, la Audiencia comienza por dilucidar si la relación entre las partes era de distribución o de agencia, concluyendo que no era la propia de una compraventa mercantil, ya que el beneficio de la estación de servicios no se producía sobre la diferencia de los precios de compra y posterior reventa del combustible (esto es, sobre el margen de reventa), sino sobre una comisión que percibía a cargo de la petrolera sobre el combustible que despachaba en la estación de servicio. Por lo que la relación era de agencia.

Sin embargo, la Audiencia estimó que desde el punto de vista del Derecho de la competencia el acuerdo se aproximaba al de "agencia no genuina", ya que el agente corría con algunos riesgos relevantes en la relación (i.e., obligación de liquidar a la petrolera el combustible en el plazo fijo de 9 días; responsabilidad sobre el producto una vez rebasado el punto de conexión de manguera; participación en el mantenimiento y reposición de instalaciones o participación en el coste y riesgo financiero por la utilización del sistema de pago de los carburantes por tercero mediante tarjetas de crédito). Así, una vez aclarada la naturaleza del acuerdo y su sujeción al artículo 81.1 TCE, la Audiencia pasó a valorar si efectivamente había fijación del precio de reventa por parte de la compañía petrolera (en caso afirmativo, se trataría de una cláusula prohibida que "saca" de la exención todo el acuerdo).

Para ello, al no existir un precio de reventa sino simplemente un precio de venta al público determinado por la petrolera sobre el que se aplicaba una comisión a favor del agente, la Audiencia analizó si el agente tenía libertad para reducir dicha comisión y aplicar un precio de venta al público inferior al establecido por el principal, concluyendo que en este caso la estación de servicio sí gozaba de dicha libertad y, por lo tanto, que no había fijación del precio de reventa por parte del principal.

Más información en el blog del mismo autor en [Derecho Mercantil](#)

---

## Más información

Jesús Alfaro

[Jesus.alfaro@cms-asl.com](mailto:Jesus.alfaro@cms-asl.com)

## CMS y oficinas asociadas



### Facts and Figures

- 53 offices
- 47 dtles
- 27 countries:
  - European countries
  - Austria, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Czech Republic, France, Germany, Hungary, Italy, The Netherlands, Poland, Romania, Russia, Serbia, Slovakia, Slovenia, Spain, Switzerland, Ukraine and United Kingdom
  - Outside Europe
  - Algeria, Argentina, Brazil, China, Morocco and Uruguay
- c 600 partners
- > 2,400 total lawyers
- c 4,600 total staff
- Combined annual turnover: EUR 827 million (2008)



CMS Adonino Ascoli & Cavaola Scamoni (Rome); CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (Madrid); CMS Bureau Francis Lefebvre (Paris); CMS Cameron McKenna LLP (London); CMS DeBacker (Brussels); CMS Derks Star Busmann (Amsterdam); CMS von Erlach Henrici Ltd. (Zurich); CMS Hasche Sigle (Berlin) and CMS Raich-Rohrwig Haizl Rechtsanwältin GmbH (Vienna). Head office of each firm in brackets.

**CMS Albiñana & Suárez de Lezo, C/ Génova, 27 – 28004 Madrid – España**

**T +34 91 451 93 00 – F +34 91 442 60 45 – madrid@cms-asl.com**

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es una de las firmas de abogados con más historia y prestigio del mercado español, con oficinas en Madrid, Sevilla y Marbella. Combinamos tradición y vanguardia, experiencia e innovación, como valores para lograr la máxima satisfacción de los clientes.

Con más de 80 abogados, nuestra finalidad es mantener una relación estrecha de trabajo con el cliente para comprender y anticipar sus necesidades y estar a su entera disposición para llevar a cabo sus objetivos de negocio.

Despacho multidisciplinar, ofrecemos a través de nuestras distintas áreas de experiencia un servicio completo de asesoramiento legal y fiscal que cubre todas las necesidades de nuestros clientes.

CMS Albiñana y Suárez de Lezo pertenece a la organización CMS, organización de los mayores despachos europeos.

[www.cms-asl.com](http://www.cms-asl.com)

**CMS oficinas y oficinas asociadas: Amsterdam, Berlin, Brussels, London, Madrid, Paris, Rome, Vienna, Zurich,** Aberdeen, Algiers, Antwerp, Arnhem, Beijing, Belgrade, Bratislava, Bristol, Bucharest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Cologne, Dresden, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Hamburg, Kyiv, Leipzig, Ljubljana, Lyon, Marbella, Milan, Montevideo, Moscow, Munich, Prague, Sao Paulo, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Utrecht, Warsaw and Zagreb.

Asimismo, la organización está asociada con la firma de abogados "The Levant Lawyers" con oficinas en Beirut, Abu Dhabi y Kuwait City.