



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. EVGENI TANCHEV
presentadas el 17 de diciembre de 2020¹

Asunto C-410/19

The Software Incubator Ltd
contra
Computer Associates UK Ltd

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court of the United Kingdom
(Tribunal Supremo, Reino Unido)]

«Petición de decisión prejudicial — Agentes comerciales independientes — Directiva 86/653/CEE — Artículo 1, apartado 2 — Definición de agente comercial — Conceptos de “venta” y “mercancías” — Suministro de *software* informático a clientes del empresario de forma electrónica y acompañado de una licencia perpetua»

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo, Reino Unido) versa sobre la interpretación del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes.²

2. El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 define el agente comercial como la persona que, como intermediario independiente, se encarga de la venta o la compra de mercancías por cuenta de otra persona denominada «empresario». La cuestión principal que suscita el presente asunto consiste en si el suministro de *software* informático a los clientes de un empresario de forma electrónica y acompañado de una licencia perpetua puede considerarse una «venta» de «mercancías» en el sentido de dicha disposición.

3. En consecuencia, este asunto ofrece al Tribunal de Justicia la primera oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de los conceptos de «venta» y «mercancías» a los efectos del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653. En el procedimiento principal, es preciso aclarar esta cuestión para poder determinar si la Directiva 86/653 se aplica a un agente dedicado a la promoción del *software* informático de que se trata, de modo que pueda prosperar la demanda de reparación basada en dicha Directiva.

¹ Lengua original: inglés.

² DO 1986, L 382, p. 17.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

4. El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 dispone lo siguiente:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por agente comercial a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el “empresario”, la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario.»

B. Derecho del Reino Unido

5. La Directiva 86/653 fue transpuesta en el Reino Unido mediante el Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993 (Statutory Instruments 1993/3053) [Reglamento de agentes comerciales de 1993 (Directiva del Consejo) (Instrumentos Legislativos 1993/3053)], en su versión modificada (en lo sucesivo, «Reglamento»).³ El artículo 2, apartado 1, de dicho Reglamento presenta el siguiente tenor:

«A efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

“agente comercial”: toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente, ya sea de negociar por cuenta de otra persona (el “empresario”) la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir la venta o la compra de mercancías en nombre y por cuenta del empresario [...].»

III. Hechos, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

6. Según la resolución de remisión, Computer Associates UK Ltd (en lo sucesivo, «Computer Associates») es una empresa dedicada a la comercialización de un *software* informático conocido como «*software* de automatización del lanzamiento de aplicaciones» (en lo sucesivo, «*software*»). Se trata de un *software* complejo, costoso y no a medida, es decir, no está diseñado para un cliente específico. Su finalidad es coordinar y llevar a cabo automáticamente la implantación de otras aplicaciones de *software* y sus actualizaciones en los distintos entornos operativos de grandes organizaciones, como bancos y compañías de seguros, de modo que las aplicaciones subyacentes queden plenamente integradas en el entorno operativo del *software*.

7. The Software Incubator Ltd (en lo sucesivo, «The Software Incubator») es una sociedad perteneciente al Sr. Scott Dainty.

8. El 25 de marzo de 2013, Computer Associates y The Software Incubator celebraron un contrato por escrito (en lo sucesivo, «contrato»).

³ En Irlanda del Norte existe una legislación de transposición independiente: las Commercial Agents (Council Directive) Regulations (Northern Ireland) 1993 (Northern Ireland Statutory Rules 1993/483) [Reglamento de agentes comerciales de 1993 (Directiva del Consejo) (Irlanda del Norte) (Disposiciones Legislativas de Irlanda del Norte 1993/483)], que no son pertinentes para el presente procedimiento.

9. Con arreglo a la cláusula 2.1 del contrato, The Software Incubator, por mediación del Sr. Dainty, se comprometió a actuar por cuenta de Computer Associates contactando con potenciales clientes en Irlanda y el Reino Unido, «con el fin de promocionar, comercializar y vender el Producto». Por «Producto» se hacía referencia al *software*, según se indicaba en el primer considerando del contrato. En consecuencia, a los efectos del contrato, Computer Associates era el empresario y The Software Incubator, el agente.

10. Según se aclara en la resolución de remisión, las principales características del suministro del *software* del que se trata en el procedimiento principal son las siguientes. En primer lugar, Computer Associates suministraba el *software* a sus clientes electrónicamente mediante un correo electrónico que contenía un enlace a un portal en línea desde donde ellos lo descargaban. Aunque existía la posibilidad de suministrar el *software* mediante un soporte físico, en la práctica no se utilizaba.

11. Por otro lado, con arreglo a la cláusula 4.1 del contrato, Computer Associates tenía el derecho exclusivo a establecer las condiciones de concesión de licencias del *software* a los clientes y la cláusula 6.1 disponía que Computer Associates cobraría y recaudaría todos los cánones adeudados por los clientes por el uso del *software*. Así pues, las funciones reconocidas a The Software Incubator como agente se referían a la promoción de licencias de Computer Associates para el uso del *software* por parte de sus clientes. The Software Incubator no estaba autorizada a transmitir la propiedad ni la titularidad sobre el *software*.

12. A este respecto, de conformidad con los acuerdos celebrados entre Computer Associates y sus clientes,⁴ se concedía a cada cliente una licencia para utilizar el *software*, que en la mayor parte de los casos era perpetua, es decir, por tiempo indefinido. La licencia facultaba al cliente, entre otras cosas, para instalar e implantar el *software* en el territorio especificado, hasta el número autorizado de usuarios finales, y permitir a los usuarios finales autorizados acceder al *software*. La licencia se supeditaba también a que el cliente cumpliera con ciertas obligaciones, entre ellas la de no acceder al *software* ni utilizar parte alguna de este que no hubiese sido autorizada; no efectuar ni permitir que se efectuase la descompilación, modificación o ingeniería inversa del *software*, y no arrendarlo, cederlo, transferirlo o conceder sublicencias sobre él. Computer Associates y sus empresas asociadas conservaban todos los derechos, títulos, derechos de autor, patentes, marcas, secretos comerciales y demás intereses patrimoniales sobre el *software*. Cualquiera de las partes podía resolver el contrato en caso de incumplimiento sustancial o insolvencia de la otra parte, en cuyo caso quedaba revocada la licencia y el cliente debía devolver las copias del *software* o destruirlas.

13. Mediante carta de 9 de octubre de 2013, Computer Associates resolvió el contrato que la unía a The Software Incubator.

14. The Software Incubator presentó una demanda contra Computer Associates ante la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division [Tribunal Superior de Justicia (Inglaterra y Gales), Sala de lo Mercantil y de lo Contencioso-Administrativo, Reino Unido], en la que reclamaba, en particular, una reparación con arreglo al Reglamento por el que se transponía el artículo 17 de la Directiva 86/653. Computer Associates declinó toda responsabilidad, alegando,

⁴ Tal como se señala en la resolución de remisión, la licencia de uso del *software* la concedía una empresa asociada, CA Europe SARL, en virtud del correspondiente contrato entre Computer Associates y el cliente. Las condiciones de la licencia se establecían en el módulo de *software* de conformidad con el contrato marco en el caso de los nuevos clientes y en el contrato maestro en el caso de los clientes existentes, que en sustancia contenían condiciones idénticas. Con arreglo a dichos contratos, que se han adjuntado a las observaciones de Computer Associates, normalmente se exigía al cliente pagar el canon por el *software* en el plazo de 30 días desde la recepción de la factura de Computer Associates. Los clientes también rellenaban un formulario de pedido para adquirir el *software*.

entre otras cosas, que dicho Reglamento no era de aplicación, ya que el suministro del *software* promocionado por The Software Incubator no constituía una «venta de mercancías» a efectos de la definición de «agente comercial» que contiene el artículo 2, apartado 1, de dicho Reglamento, por el que se transpone el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653.

15. Mediante sentencia de 1 de julio de 2016,⁵ la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division [Tribunal Superior de Justicia (Inglaterra y Gales), Sala de lo Mercantil y de lo Contencioso-Administrativo], resolvió que el suministro de *software* de forma electrónica acompañado de una licencia perpetua constituía una «venta de mercancías» a efectos del artículo 2, apartado 1, del Reglamento y declaró que The Software Incubator tenía derecho, en particular, a percibir 475 000 libras esterlinas (GPB) (aproximadamente, 531 100 euros) como reparación en virtud de dicho Reglamento. En opinión del citado tribunal, el concepto de «venta de mercancías» ha de ser objeto de una definición autónoma a efectos de dicho Reglamento que no excluye el suministro de *software* como «mercancía» por no ser un bien tangible, ni como «venta» por el hecho de que habitualmente no se transmita la totalidad de los derechos de propiedad intelectual sobre aquel.

16. Computer Associates recurrió dicha sentencia en apelación ante la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales), Sala de lo Civil, Reino Unido].

17. Mediante sentencia de 19 de marzo de 2018,⁶ la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales), Sala de lo Civil] declaró que el *software* suministrado de forma electrónica y no en un soporte físico no constituía una «mercancía» en el sentido del artículo 2, apartado 1, del Reglamento. A su juicio, esta apreciación venía impuesta por la jurisprudencia, a pesar del riesgo de incurrir en una valoración obsoleta ante el avance tecnológico; en consecuencia, no procedió a examinar si la concesión de licencias sobre el *software* a los clientes de Computer Associates constituía una «venta» a los efectos de la mencionada disposición. Por consiguiente, la Court of Appeal consideró que Software Incubator no era un agente comercial a efectos del Reglamento y desestimó su pretensión de reparación basada en él.

18. Mediante resolución de 28 de marzo de 2019, la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido) concedió a The Software Incubator autorización para recurrir en casación la sentencia de la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales), Sala de lo Civil].

19. El órgano jurisdiccional remitente indica que no está claro si la definición de «agente comercial» que contiene el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653, que se limita a la «venta de mercancías», es aplicable a la situación del procedimiento principal.

⁵ The Software Incubator Ltd v Computer Associates UK Ltd [2016] EWHC 1587 (QB), apartados 35 a 69.

⁶ Computer Associates Ltd v The Software Incubator Ltd [2018] EWCA Civ 518, apartados 13 y 17 a 69.

20. En estas circunstancias, la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido) acordó suspender el procedimiento principal y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

- «1) Cuando se suministra una copia de *software* informático a un cliente del empresario de forma electrónica y no en un soporte físico, ¿constituye dicho *software* una «mercancía» en el sentido en que aparece en la definición de «agente comercial» del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes [...]?»
- 2) Si el *software* informático se suministra a los clientes del empresario mediante la concesión a dichos clientes de una licencia perpetua de uso de una copia del *software*, ¿constituye ello una “venta de mercancías” en el sentido en que aparece en la definición de “agente comercial” del artículo 1, apartado 2, de la [Directiva 86/653]?»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

21. Presentaron observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia The Software Incubator, Computer Associates, el Gobierno alemán y la Comisión Europea. The Software Incubator, Computer Associates y la Comisión también respondieron a las preguntas formuladas por escrito por el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 62, apartado 1, de su Reglamento de Procedimiento.

22. Estando aún pendiente este asunto ante el Tribunal de Justicia, el Reino Unido abandonó la Unión Europea el 31 de enero de 2020. Con arreglo al artículo 86, apartado 2, del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica,⁷ el Tribunal de Justicia continuará siendo competente para pronunciarse sobre las peticiones de decisión prejudicial presentadas por los órganos jurisdiccionales del Reino Unido antes del final del período transitorio, fecha que, con arreglo al artículo 126 del mismo Acuerdo, en principio, es el 31 de diciembre de 2020. Asimismo, en virtud del artículo 89, apartado 1, de dicho Acuerdo, la sentencia del Tribunal de Justicia, ya sea dictada antes del final del período transitorio o en una fecha posterior, será vinculante en su totalidad para y en el Reino Unido.

23. En consecuencia, dado que la presente petición de decisión prejudicial se formuló el 28 de mayo de 2019, el Tribunal de Justicia continúa siendo competente para pronunciarse sobre ella y la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido) está vinculada por la sentencia que dicte el Tribunal de Justicia en el presente procedimiento.

V. Resumen de las observaciones de las partes

24. The Software Incubator considera que procede responder a la primera cuestión prejudicial en sentido afirmativo. En su opinión, el concepto de «mercancías» del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 comprende el *software*, con independencia de si se suministra en un soporte

⁷ DO 2020, L 29, p. 7. De conformidad con el artículo 86, apartado 3, de este Acuerdo, se considerará que las peticiones de decisión prejudicial han sido presentadas en el momento en que el escrito que inicia el proceso ha sido inscrito en el Registro por la Secretaría del Tribunal de Justicia. En el presente asunto, la petición de decisión prejudicial de la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido) se inscribió en el Registro del Tribunal de Justicia el 28 de mayo de 2019.

físico o no. A su parecer, el tenor de dicha disposición no diferencia entre bienes tangibles e intangibles y, si se tienen en cuenta sus orígenes, se concluye que el legislador de la Unión solo quiso excluir del ámbito de aplicación de la Directiva los «servicios», y no los bienes intangibles.

25. The Software Incubator alega que el concepto de «mercancías» utilizado en otros ámbitos del Derecho de la Unión resulta de poca utilidad, ya que depende del contexto y los objetivos de las disposiciones del Derecho de la Unión de que se trate. No obstante, señala que el *software* informático es tratado como «mercancía» en los actos de la Unión relativos, por ejemplo, a marcas⁸ y a productos sanitarios,⁹ y que el *software* se incluye en el concepto de «mercancías» en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relacionada con la libre circulación de mercancías,¹⁰ como sucede con la electricidad. A su parecer, es irrelevante que los recientes actos de la Unión en materia de consumo, como la Directiva 2011/83¹¹ y la Directiva 2019/770,¹² diferencien entre contratos de compraventa de bienes y contratos para el suministro de contenidos digitales, como el *software* informático, pues ello responde a los objetivos específicos de dichas Directivas y, en cualquier caso, la Directiva 2019/770 confiere la misma protección a los consumidores con independencia de si el contenido digital se suministra en un soporte físico o intangible.

26. The Software Incubator aduce que su postura es coherente con los objetivos perseguidos por la Directiva 86/653, pues un agente comercial que vende *software* informático suministrado electrónicamente necesita la misma protección que quien lo vende en un soporte físico y sus actividades son esencialmente las mismas «actividades de los intermediarios de comercio, industria y artesanía» a que se refiere el primer considerando de la Directiva 86/653. Dado que el *software* informático solo puede funcionar en un entorno físico al ser cargado en el *hardware* informático, The Software Incubator estima artificial considerarlo «mercancía» si se suministra en un disco pero no si se facilita mediante descarga. Además, tal diferenciación generaría una distorsión de la competencia en el mercado interior, pues un empresario podría eludir sus obligaciones derivadas de la Directiva 86/653 suministrando sus productos de forma electrónica. Asimismo, The Software Incubator alega que, al consistir la función del agente comercial en negociar las operaciones, pudiendo no determinarse el método de suministro del *software* en esta negociación, la aplicabilidad de la Directiva 86/653 no ha de quedar a expensas de lo que decida el empresario cuando el agente comercial ya ha realizado su función.

27. The Software Incubator considera que también procede responder afirmativamente a la segunda cuestión, dado que el concepto de «venta de mercancías» que aparece en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 incluye el suministro de *software* en virtud de una licencia perpetua. A su parecer, del auto de 10 de febrero de 2004, Mavrona,¹³ se desprende que, al interpretar dicha disposición, se ha de prestar especial atención al contenido de la relación

⁸ The Software Incubator se remite, en particular, al Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, adoptado en la conferencia diplomática de Niza el 15 de junio de 1957, revisado por última vez en Ginebra el 13 de mayo de 1977 y modificado el 28 de septiembre de 1979 (*Recopilación de Tratados de las Naciones Unidas*, vol. 1154, n.º I 18200, p. 89).

⁹ The Software Incubator cita en particular la sentencia de 22 de noviembre de 2012, Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742).

¹⁰ The Software Incubator se remite, en particular, a las sentencias de 10 de diciembre de 1968, Comisión/Italia (7/68, EU:C:1968:51); de 21 de octubre de 1999, Jägerskiöld (C-97/98, EU:C:1999:515), y de 26 de octubre de 2006, Comisión/Grecia (C-65/05, EU:C:2006:673).

¹¹ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2011, L 304, p. 64).

¹² Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DO 2019, L 136, p. 1). De conformidad con el artículo 24 de dicha Directiva, los Estados miembros están obligados a adoptar las medidas para su transposición, a más tardar, el 1 de julio de 2021, y deberán aplicarlas a partir del 1 de enero de 2022.

¹³ C-85/03, EU:C:2004:83.

contractual entre el agente comercial y el empresario, a la actividad desempeñada por dicho agente y a los intereses y la necesidad de tutela de este, y que, a este respecto, es indiferente si el *software* se suministra mediante un soporte físico o un medio intangible en virtud de un contrato de compraventa o de una licencia perpetua. The Software Incubator recalca que son irrelevantes las limitaciones al uso del *software* en relación con los derechos de propiedad intelectual, pues, en esencia, no difieren de las que imponen los titulares de tales derechos a los productos suministrados con arreglo a contratos de compraventa. Asimismo, señala que su postura está respaldada por la sentencia de 3 de julio de 2012, *UsedSoft*,¹⁴ en la cual el Tribunal de Justicia consideró como «venta» el suministro de un programa informático en virtud de una licencia perpetua en una situación similar a la del presente asunto, en la que el cliente pagaba a Computer Associates un precio y recibía el *software*, que en adelante podía usar por tiempo indefinido sin necesidad de pagar ningún precio adicional, pero con limitaciones respecto a dicho uso, debido a los derechos de propiedad intelectual sobre el *software*.

28. Computer Associates considera que procede responder negativamente a la primera cuestión, pues el *software* informático suministrado electrónicamente no constituye una «mercancía» a efectos del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653. En su opinión, el significado habitual del término «mercancías» en dicha disposición solo se refiere a bienes muebles tangibles, tal como dan a entender otras versiones lingüísticas,¹⁵ por lo que no se aplica a bienes intangibles, como el *software* suministrado sin soporte físico. Aduce que, cuando se adoptó la Directiva 86/653, no existían Internet, el *software* informático ni las descargas como hoy las conocemos, de modo que el concepto de «mercancías» no podía entenderse en el sentido de que comprendiese los bienes intangibles y ha permanecido inalterado desde entonces. Asimismo, considera que, en atención a la génesis de la Directiva 86/653, el legislador de la Unión limitó deliberadamente su ámbito de aplicación a las «mercancías», sin contemplar su posible aplicación a una categoría más amplia de agentes que incluyese a los que trabajasen con «productos».

29. Computer Associates alega que el efecto y la ubicación del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 proporcionan un respaldo contextual a su argumentación, pues se trata de la disposición principal que delimita el ámbito de aplicación de la Directiva. Remitiéndose al auto de 10 de febrero de 2004, *Mavrona*,¹⁶ aduce que el Tribunal de Justicia se atiene a los términos del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 y añade que, aunque sería deseable una mayor armonización, no se puede llevar a cabo mediante una resolución judicial. Alega que el concepto de «mercancías» utilizado en otros ámbitos del Derecho de la Unión, incluidos el de la libre circulación de mercancías,¹⁷ el aduanero¹⁸ y el del impuesto sobre el valor añadido (IVA),¹⁹ solo comprende los bienes tangibles y que no existe una relación necesaria entre el significado de «mercancías» en la Directiva 86/653 y en el sistema de clasificación para el registro de marcas. También recalca que son relevantes las recientes medidas de la Unión en materia de consumo,

¹⁴ C-128/11, EU:C:2012:407 (en lo sucesivo, «sentencia *UsedSoft*»).

¹⁵ Computer Associates se remite, a este respecto, a las versiones danesa («salg eller køb af varer»), neerlandesa («de verkoop of de aankoop van goederen»), francesa («la vente ou l'achat de marchandises»), alemana («den Verkauf oder den Ankauf von Waren»), griega («εμπορευμάτων»), italiana («la vendita o l'acquisto di merci»), portuguesa («a venda ou a compra de mercadorias») y española («la venta o la compra de mercancías») del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653.

¹⁶ C-85/03, EU:C:2004:83.

¹⁷ Computer Associates se remite a las sentencias de 30 de abril de 1974, *Sacchi* (155/73, EU:C:1974:40), y de 21 de octubre de 1999, *Jägerskiöld* (C-97/98, EU:C:1999:515).

¹⁸ Computer Associates cita en este sentido la sentencia de 18 de abril de 1991, *Brown Boveri* (C-79/89, EU:C:1991:153).

¹⁹ Computer Associates se remite, a este respecto, a las sentencias de 27 de octubre de 2005, *Levob Verzekeringen* y *OV Bank* (C-41/04, EU:C:2005:649), y de 5 de marzo de 2015, *Comisión/Luxemburgo* (C-502/13, EU:C:2015:143).

como la Directiva 2011/83 y la Directiva 2019/770, además de la Directiva 2019/771,²⁰ sobre todo porque en ellas se demuestra que, cuando el legislador de la Unión desea que un acto de la Unión se aplique al *software* informático sin soporte físico, como el aquí controvertido, lo hace expresamente, y no utilizando el término «mercancías».

30. En opinión de Computer Associates, su postura es coherente con los objetivos de la Directiva 86/653, pues esta, según se desprende de su segundo considerando, pretende asegurar condiciones de mercado único para los «intercambios de mercancías» y, con arreglo a sus artículos 1 y 2, su finalidad armonizadora se limita necesariamente a dichos «intercambios de mercancías». Subraya Computer Associates que no es arbitrario que el *software* informático suministrado en soporte físico constituya una «mercancía» a efectos de la Directiva 86/653, pero no cuando sea suministrado por medios intangibles, pues se deduce del ámbito de aplicación de dicha Directiva y, tal como se desprende de las Directivas 2011/83, 2019/770 y 2019/771, es reflejo de la diferencia entre las mercancías y el contenido digital.

31. Computer Associates alega que, si se responde negativamente a la primera cuestión prejudicial, no hay necesidad de responder a la segunda y, con carácter subsidiario, aduce que el concepto de «venta de mercancías» no incluye la concesión de licencias para el uso de una copia del *software*. Aduce que el significado habitual de la expresión «la venta o la compra de mercancías» que aparece en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 denota una transmisión de la propiedad o la titularidad sobre los bienes del comprador al vendedor, tal como queda patente en otras versiones lingüísticas.²¹ Sin embargo, en su opinión, la concesión de una licencia perpetua en las circunstancias del presente asunto no implica transmisión alguna de la propiedad o la titularidad sobre el *software*. En efecto, en los contratos de Computer Associates con sus clientes se excluía tal transmisión, ya que Computer Associates y sus empresas asociadas conservaban los derechos sobre el *software* y a los clientes no se les transfería derecho de propiedad alguno sobre él. Por lo tanto, una licencia de este tipo no constituye una «venta de mercancías» en el sentido convencional, sino una autorización temporal para utilizar el *software*, que puede extinguirse en caso de infracción o de insolvencia. Alega también que la sentencia UsedSoft²² no es pertinente, habida cuenta del tenor y el contexto específicos de la legislación de la Unión de que se trata, tal como ha corroborado la reciente jurisprudencia.²³ En cualquier caso, cuando dicha sentencia declara que la «venta» denota una transmisión de la propiedad, se opone a una interpretación de la expresión «venta de mercancías» de la Directiva 86/653 en el sentido de que se aplica a la concesión de licencias para el uso del *software*.

32. El Gobierno alemán propone responder conjuntamente a las dos cuestiones prejudiciales en el sentido de que existe una «venta de mercancías» a efectos del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 cuando se facilita a un cliente del empresario, por medios exclusivamente electrónicos y no en un medio de almacenamiento físico, una licencia perpetua para el uso de una copia de un *software* informático. Señala que la versión alemana del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 se opone a limitar el ámbito de aplicación de esta Directiva a los objetos tangibles, pues el sentido natural del sustantivo *Ware* («mercancías») también incluye los objetos intangibles.

²⁰ Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (DO 2019, L 136, p. 28). De conformidad con el artículo 24 de dicha Directiva, los Estados miembros están obligados a adoptar las medidas para su transposición, a más tardar, el 1 de julio de 2021 y deberán aplicarlas a partir del 1 de enero de 2022.

²¹ Computer Associates se remite a este respecto a las versiones lingüísticas del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 expuestas en la nota 15 de las presentes conclusiones.

²² Sentencia de 3 de julio de 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

²³ Computer Associates cita, a este respecto, la sentencia de 19 de diciembre de 2019, Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111).

33. El Gobierno alemán considera que el Tribunal de Justicia no debe atender a la distinción que hace el Derecho primario de la Unión en cuanto a la libre circulación de mercancías y servicios, pues el objeto de la Directiva 86/653 es armonizar la actividad de los agentes comerciales, de modo que su ámbito de aplicación se debe determinar funcionalmente en virtud de esta finalidad, lo que implica elegir la interpretación más favorable posible al agente comercial. Recalca que una interpretación estricta de la expresión «venta de mercancías» en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 de manera que comprenda solo los bienes tangibles iría en contra de la finalidad de dicha Directiva de proteger a los agentes comerciales, pues quedaría fuera de su ámbito de aplicación una parte sustancial de su actividad tradicional en Alemania.

34. En opinión del Gobierno alemán, tal interpretación estricta daría lugar a resultados injustos, ya que un agente comercial que comercializase un producto en soporte físico quedaría protegido por la Directiva 86/653, pero no el que comercializase el mismo producto en formato digital. Asimismo, permitiría al empresario eludir las disposiciones imperativas de la Directiva, eligiendo una forma de distribución en que el objeto de la operación no fuese un bien tangible. Considera que, aunque la comercialización de *software* informático no era previsible cuando se redactó la Directiva 86/653, la intención del legislador de la Unión no era que la protección de los agentes comerciales quedase al albur de la evolución tecnológica.

35. La Comisión estima que procede responder conjuntamente a las dos cuestiones prejudiciales en el sentido de que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 comprende el suministro de una copia de *software* informático a un cliente del empresario por medios electrónicos y no en soporte físico. Afirma que la «venta de mercancías» a efectos de la Directiva 86/653 es un concepto autónomo del Derecho de la Unión y debe interpretarse de forma dinámica, teniendo en cuenta la evolución tecnológica. Asimismo, propone examinar las cuestiones en orden inverso.

36. Aduce que la sentencia UsedSoft²⁴ respalda la postura según la cual la concesión de una licencia perpetua para utilizar el *software* constituye una «venta» en el sentido de la Directiva 86/653. Al igual que en dicho asunto, en el presente caso, el cliente adquiere un derecho permanente a utilizar el *software* a cambio del pago de un importe, sin que afecte a la naturaleza de la operación que el *software* se facilite mediante descarga o en un soporte físico, como ha reiterado la jurisprudencia posterior.²⁵

37. Respecto al concepto de «mercancías», la Comisión alega que la jurisprudencia en otros ámbitos del Derecho de la Unión no es concluyente, pues depende de la legislación aplicable y de las circunstancias del caso. A su parecer, el *software* informático comercializado como bien intangible constituye una «mercancía» *sensu lato* a efectos de la Directiva 86/653 y no se pretendió excluirlo del ámbito de aplicación de la Directiva cuando se modificó para excluir los servicios durante el proceso legislativo. La Comisión subraya que la legislación de la Unión ha evolucionado desde el tradicional énfasis en la propiedad tangible y la dicotomía entre bienes y servicios en relación con el *software* informático, tal como queda patente en las Directivas 2011/83 y 2019/770. A juicio de la Comisión, una interpretación amplia es coherente con el objetivo de la Directiva 86/653 de proteger a los agentes comerciales. Sería contrario a este objetivo que el mismo agente comercial, trabajando para el mismo empresario y con las mismas condiciones, se viese privado de protección solamente a causa de la evolución tecnológica o de las preferencias de un cliente en cuanto a la forma de suministro del *software*. Alega asimismo

²⁴ Sentencia de 3 de julio de 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

²⁵ La Comisión cita, a este respecto, la sentencia de 19 de diciembre de 2019, Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111).

que, por analogía con la sentencia *UsedSoft*,²⁶ la eficacia de la Directiva 86/653 se vería socavada si un empresario pudiese eludir sus obligaciones derivadas de la Directiva suministrando sus productos de forma electrónica, máxime si se tiene en cuenta que esta forma de comercialización se utiliza ampliamente para el *software* informático.

VI. Análisis

38. Con sus dos cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional remitente en esencia desea saber, en primer lugar, si un *software* informático como el controvertido, que se suministra a los clientes de un empresario por medios electrónicos y no en soporte físico, constituye una «mercancía» y, en segundo lugar, si el suministro de dicho *software* en virtud de una licencia perpetua que confiere a los clientes el derecho a utilizar una copia del *software* por tiempo indefinido a cambio del pago de un canon constituye una «venta» a los efectos de la definición de «agente comercial» que contiene el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653.

39. Se suscitan estas dos cuestiones por el hecho de que, según se desprende de las observaciones presentadas por The Software Incubator, Computer Associates y la Comisión, tradicionalmente, con arreglo a la legislación del Reino Unido y de los demás países, el concepto de «mercancía» se ha limitado a los bienes muebles tangibles, es decir, a objetos que, por lo general, pueden ser tocados y movidos físicamente, y el concepto de «venta» se ha asociado a la transmisión de la propiedad, lo que implica la adquisición del bien vendido y del derecho a disponer de él, y esto entraña una imbricación con los conceptos relacionados de propiedad y posesión. Sin embargo, estos conceptos se han puesto en entredicho en relación con el *software* informático,²⁷ que generalmente hace referencia a una serie de programas que permiten al ordenador funcionar y realizar tareas.²⁸ Así sucede especialmente hoy en día, cuando el *software* informático normalmente se proporciona mediante descarga y no en soporte físico, como un CD o un DVD, y se facilita junto con una licencia, muchas veces perpetua, con la que se controla su uso, como queda de manifiesto en el presente asunto. En consecuencia, la calificación jurídica del *software* informático ha suscitado un animado debate en la Unión y en otros lugares del mundo en diversos contextos;²⁹ por ejemplo, en los actos de la Unión en materia de consumo de los que me ocupo más adelante.³⁰

40. No se puede negar que los conceptos de «venta» y «mercancías» se pueden interpretar de forma diferente en el Derecho nacional y en el Derecho de la Unión. En particular, se trata de conceptos fundamentales del Derecho privado nacional y de numerosos ámbitos del Derecho primario y derivado de la Unión. Dicho esto, el presente asunto invita al Tribunal de Justicia a

²⁶ Sentencia de 3 de julio de 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

²⁷ Véase un resumen de las diferentes posturas sobre la calificación jurídica del *software* informático en los Estados miembros, el Reino Unido y otros países, por ejemplo, en Clark, R., «The Legal Status of Software: Part 1», *Commercial Law Practitioner*, vol. 23, 2016, pp. 48 a 56; Clark, R., «The Legal Status of Software: Part 2», *Commercial Law Practitioner*, vol. 23, 2016, pp. 78-86, y von Bar, C. y Clive, E. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edición completa, vol. 2, Sellier, 2009, pp. 1217 a 1218.

²⁸ Véase, por ejemplo, Moon, K., «The nature of computer programs: tangible? goods? personal property? intellectual property?», *European Intellectual Property Review*, vol. 31, 2009, pp. 396 a 407, y Saidov, D. y Green, S., «Software as goods», *Journal of Business Law*, 2007, pp. 161 a 181.

²⁹ Cabe señalar, por ejemplo, que ha habido un cierto debate en relación con la posible revisión del concepto de «producto» que maneja el artículo 2 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DO 1985, L 210, p. 29; EE 13/19, p. 8), a la luz de las nuevas tecnologías; véase, a este respecto, Comisión, Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica, COM(2020) 64 final, de 19 de febrero de 2020, pp. 13 y 14.

³⁰ Véanse los puntos 70 y 72 de las presentes conclusiones.

interpretarlos en el contexto específico de la Directiva 86/653 y, en particular, a la luz de las características esenciales de los agentes comerciales en el sentido del artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva.

41. A este respecto, cabe observar que las cuestiones planteadas en el presente asunto todavía no han sido objeto de examen por el Tribunal de Justicia.³¹ Para poder darles una respuesta, antes es necesario hacer algunas observaciones preliminares sobre la Directiva 86/653 y sobre el concepto de «agente comercial», en referencia también a la sentencia de 3 de julio de 2012, *UsedSoft*³² (sección A). Después estudiaré la interpretación del concepto de «mercancías» que contiene el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653, mencionado en la primera cuestión prejudicial (sección B). Por último, abordaré la interpretación del concepto de «ventas» de dicha disposición, al que se alude en la segunda cuestión prejudicial (sección C).³³

42. Partiendo de este análisis, he llegado a la conclusión de que el suministro de un *software* informático de forma electrónica junto con una licencia perpetua, como el aquí controvertido, constituye una «venta» de «mercancías» a efectos del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 y, por tanto, dicha Directiva es aplicable a la situación de que se trata en el procedimiento principal.

A. Observaciones preliminares

1. La Directiva 86/653 y el concepto de «agente comercial»

43. Se ha de tener en cuenta que la Directiva 86/653 es un instrumento jurídico esencial que rige la actividad de los agentes comerciales en la Unión.³⁴ El Tribunal de Justicia ha declarado que, tal como resulta de sus considerandos 2 y 3, dicha Directiva persigue proteger los intereses de los agentes comerciales en sus relaciones con sus empresarios, promover la seguridad de las operaciones comerciales y facilitar el intercambio de mercancías entre los Estados miembros mediante la aproximación de sus sistemas jurídicos en materia de representación comercial.³⁵ A tal fin, la Directiva 86/653 establece normas armonizadas sobre los derechos y obligaciones de los agentes comerciales y sus empresarios, la remuneración de los agentes comerciales y la celebración y terminación de los contratos de agencia, en particular sobre la indemnización o compensación que se adeuda a los agentes comerciales en caso de terminación del contrato, de carácter imperativo.³⁶

44. El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 es la vía de acceso a la protección que ofrece dicha Directiva a los agentes comerciales, pues es necesario cumplir los requisitos de la definición de agente comercial que contiene dicha disposición para estar comprendido en el ámbito de

³¹ Véase el punto 45 de las presentes conclusiones.

³² C-128/11, EU:C:2012:407.

³³ A este respecto, me da la impresión de que, si bien es inevitable un cierto solapamiento, procede tratar por separado las dos cuestiones prejudiciales, especialmente en atención a los distintos argumentos formulados sobre cada una de ellas, y no aprecio ningún motivo para apartarme del orden en que las ha formulado el órgano jurisdiccional remitente.

³⁴ Véase, por ejemplo, el documento de trabajo de los servicios de la Comisión «Evaluación de la Directiva 86/653/CE (evaluación REFIT)», SWD(2015) 146 final, de 16 de julio de 2015. Véase un estudio detallado, por ejemplo, en Saintier, S., «Commercial agency in European Union private law», en Twigg-Flesner, C. (ed.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 273 a 285; centrado en la situación del Reino Unido, véase también, por ejemplo, Randolph, F. y Davey, J., *The European Law of Commercial Agency*, 3ª ed., Hart, 2010; Singleton, S., *Commercial Agency Agreements: Law and Practice*, 5ª ed., Bloomsbury Professional, 2020.

³⁵ Véase, por ejemplo, la sentencia de 4 de junio de 2020, *Trendsetteuse* (C-828/18, EU:C:2020:438), apartado 36.

³⁶ Véase, por ejemplo, la sentencia de 19 de abril de 2018, *CMR* (C-645/16, EU:C:2018:262), apartado 34.

aplicación de la Directiva. Tal como ha declarado el Tribunal de Justicia, el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 establece tres requisitos necesarios y suficientes para que una persona pueda calificarse de agente comercial a los efectos de dicha Directiva: en primer lugar, ha de tener la condición de intermediario independiente; en segundo lugar, debe estar vinculada contractualmente de manera permanente al empresario, y, en tercer lugar, debe ejercer una actividad consistente, bien en negociar la venta o la compra de mercancías por cuenta del empresario, bien en negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta de este,³⁷ que es de lo que aquí se trata.

45. Por lo que respecta a este tercer requisito, el Tribunal de Justicia ha interpretado el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653, en particular, en el sentido de que excluye a los agentes comerciales dedicados a la compra o la venta de servicios, en lugar de mercancías.³⁸ Pero, hasta ahora, no se le ha pedido que aclare los conceptos de «venta» y «mercancías» a los efectos de dicha disposición. En parte, puede deberse a que varios asuntos se referían a una legislación nacional que contenía una definición amplia de «agente comercial»,³⁹ lo que hacía innecesario profundizar en este aspecto.⁴⁰

2. La sentencia de 3 de julio de 2012, *UsedSoft*

46. Es preciso señalar también que la sentencia de 3 de julio de 2012, *UsedSoft*,⁴¹ es pertinente para el presente asunto, aunque tratara de una situación diferente. Se basaba en una petición de decisión prejudicial de un tribunal alemán sobre la interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 5, apartado 1, de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.⁴² Una de las cuestiones clave que suscitaba dicho asunto era si la distribución de la copia de un programa de ordenador mediante descarga en virtud de una licencia perpetua constituía «la primera venta u otra transferencia de propiedad», que agotaba el derecho de distribución de la copia con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24.⁴³

³⁷ Véase, por ejemplo, la sentencia de 21 de noviembre de 2018, *Zako* (C-452/17, EU:C:2018:935), apartado 23. Por lo tanto, tal como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 24 de dicha sentencia, basta con que una persona cumpla estos tres requisitos para poder tener la calificación de agente comercial a efectos del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653, independientemente de las condiciones en las que ejerza su actividad, siempre que no esté comprendida dentro del ámbito de aplicación de alguna de las exclusiones de los artículos 1, apartado 3, y 2, apartado 1, de dicha Directiva.

³⁸ Véase, por ejemplo, el auto de 6 de marzo de 2003, *Abbey Life Assurance* (C-449/01, no publicado, EU:C:2003:133) (sobre un agente dedicado a la celebración de contratos de seguro de vida, rentas y ahorros); véase también la jurisprudencia citada en la siguiente nota.

³⁹ A este respecto, si bien la legislación nacional que regula la actividad de los agentes comerciales al margen de la compra y la venta de mercancías no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 86/653, el Tribunal de Justicia se ha considerado competente para pronunciarse en estas situaciones: véanse las sentencias de 16 de marzo de 2006, *Poseidon Chartering* (C-3/04, EU:C:2006:176), apartados 7 y 11 a 19 (contrato de fletamento de un buque); de 28 de octubre de 2010, *Volvo Car Germany* (C-203/09, EU:C:2010:647), apartados 23 a 28 (contrato de concesión); de 17 de octubre de 2013, *Unamar* (C-184/12, EU:C:2013:663), apartados 30 y 31 (contrato de explotación de un servicio de transporte marítimo); de 3 de diciembre de 2015, *Quenon K.* (C-338/14, EU:C:2015:795), apartados 16 a 19 (contrato de venta de servicios bancarios y de seguros), y de 17 de mayo de 2017, *ERGO Poist'ovňa* (C-48/16, EU:C:2017:377), apartados 26 a 32 (contrato de venta de servicios de seguros); véanse también las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en el asunto *Unamar* (C-184/12, EU:C:2013:301), punto 48, nota 26.

⁴⁰ Por ejemplo, cabe observar que el Tribunal de Justicia no se ocupó (y tampoco el Abogado General) del concepto de «agente comercial» en las sentencias 23 de marzo de 2006, *Honyvem Informazioni Commerciali* (C-465/04, EU:C:2006:199) (sobre un agente que promovía servicios de información comercial), y de 19 de abril de 2018, *CMR* (C-645/16, EU:C:2018:262) (relativa a un agente que promovía la venta de viviendas unifamiliares).

⁴¹ C-128/11, EU:C:2012:407. Véase un estudio detallado, por ejemplo, en Charleton, P. y Kelly, S., «The Oracle Speaks. C-128/11», *The Bar Review*, vol. 18, 2013, pp. 33 a 44; desde un punto de vista crítico, véase también, por ejemplo, Moon, K., «Revisiting *UsedSoft v. Oracle*. Is Software Property and Can It Be Sold?», *Computer Law Review International*, 2017, pp. 113 a 119.

⁴² DO 2009, L 111, p. 16.

⁴³ Véase la sentencia de 3 de julio de 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407), apartados 20 a 35.

47. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que el concepto de «venta» utilizado en la citada disposición debía considerarse un concepto autónomo del Derecho de la Unión y, según una definición comúnmente aceptada, aludía a un contrato mediante el que una persona transfiere a otra, a cambio del pago de un precio, los derechos de propiedad de un bien corporal o incorporeal que le pertenece.⁴⁴ En consecuencia, el Tribunal de Justicia declaró que la distribución de la copia de un programa de ordenador junto con una licencia permanente implicaba la transferencia del derecho de propiedad de tal copia y, por tanto, constituía una «venta» a efectos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24.⁴⁵ Para llegar a esta conclusión, consideró indiferente que la copia del programa de ordenador hubiera sido puesta a disposición del cliente mediante descarga o mediante un soporte material.⁴⁶ También argumentó que, si no se interpretara ampliamente el término «venta», en el sentido de que engloba todas las modalidades de comercialización de un producto que se caractericen por la entrega de un derecho de uso de una copia de un programa de ordenador por tiempo indefinido a cambio del pago de un precio que permita al titular de los derechos de autor obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de la obra de la que es propietario, se pondría en peligro el efecto útil del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, pues bastaría que los suministradores calificasen el contrato de «licencia» en lugar de «venta» para soslayar la regla del agotamiento, privando a esta de toda eficacia.⁴⁷

48. Asimismo, el Tribunal de Justicia consideró que el agotamiento del derecho de distribución previsto en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24 se refería tanto a copias materiales como inmateriales de un programa de ordenador.⁴⁸ En particular, señaló que el tenor de la disposición no hacía ninguna distinción al respecto.⁴⁹ También observó que, desde el punto de vista económico, la venta de un programa de ordenador en un soporte material y mediante descarga son similares, puesto que la modalidad de transmisión en línea es el equivalente funcional de la entrega de un soporte material. Por lo tanto, la interpretación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24 a la luz del principio de igualdad de trato justificaba que ambos modos de transmisión fuesen tratados de la misma forma.⁵⁰

49. La postura del Tribunal de Justicia en la sentencia *UsedSoft* se reiteró en la posterior jurisprudencia.⁵¹ Como queda patente en la sentencia de 19 de diciembre de 2019, *Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers*,⁵² el hecho de que el Tribunal de Justicia haya diferenciado sus conclusiones extraídas en la sentencia *UsedSoft* de las circunstancias imperantes en otras situaciones evidencia la especial naturaleza de los programas de ordenador, especialmente en cuanto a la equiparación de las formas tangibles e intangibles de distribución, en comparación con otros productos digitales.

⁴⁴ Véase la sentencia de 3 de julio de 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407), apartados 40 y 42.

⁴⁵ Véase la sentencia de 3 de julio de 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407), apartados 44 a 46 y 48.

⁴⁶ Véase la sentencia de 3 de julio de 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407), apartado 47.

⁴⁷ Véase la sentencia de 3 de julio de 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407), apartado 49.

⁴⁸ Véase la sentencia de 3 de julio de 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407), apartado 59.

⁴⁹ Véase la sentencia de 3 de julio de 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407), apartado 55.

⁵⁰ Véase la sentencia de 3 de julio de 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407), apartado 61.

⁵¹ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 23 de enero de 2014, *Nintendo y otros* (C-355/12, EU:C:2014:25), apartado 23, y de 12 de octubre de 2016, *Ranks y Vasiļevičs* (C-166/15, EU:C:2016:762), apartados 28, 30, 35, 36, 49, 50 y 53 a 55); véanse también las conclusiones del Abogado General Saugmandsgaard Øe presentadas en el asunto *Ranks y Vasiļevičs* (C-166/15, EU:C:2016:384), puntos 69 a 80.

⁵² C-263/18, EU:C:2019:1111, apartados 53 a 58. Véanse también las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto *Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers* (C-263/18, EU:C:2019:697), puntos 52 a 67.

50. En consecuencia, de la sentencia *UsedSoft* se deduce que, desde un punto de vista funcional y económico, la distribución de *software* informático de forma electrónica, acompañada de una licencia perpetua, puede ser objeto de una «venta», y que los modos de transmisión por un medio tangible o intangible producen efectos similares. Por lo tanto, dicha sentencia respalda la idea de que la distribución del *software* en las circunstancias del presente asunto constituye una «venta» de «mercancías» a efectos del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653. Volveré a examinar esta sentencia en un momento posterior de mi análisis (véanse los puntos 74, 85 y 87 de las presentes conclusiones).

B. Primera cuestión prejudicial

51. Tal como he mencionado en el punto 38 de las presentes conclusiones, la primera cuestión prejudicial trata de aclarar si un *software* informático suministrado electrónicamente, como el aquí controvertido, constituye una «mercancía» a efectos del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653.

52. Según los argumentos formulados por Computer Associates, solo los objetos tangibles están comprendidos en el concepto de «mercancías» del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653, lo que excluye el *software* informático distribuido por medios intangibles, como el aquí controvertido. The Software Incubator, el Gobierno alemán y la Comisión no están de acuerdo.

53. Como hemos visto en el punto 4 de las presentes conclusiones, el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 no hace referencia a la legislación nacional. Por lo tanto, de acuerdo con reiterada jurisprudencia,⁵³ los términos que contiene dicha disposición y, en particular, el concepto de «mercancías» deben ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea, independiente de la legislación nacional.⁵⁴ Esta interpretación ha de buscarse teniendo en cuenta el tenor de la disposición, su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte.⁵⁵ También su génesis puede ofrecer elementos pertinentes para su interpretación.⁵⁶

54. Partiendo de estas premisas, he llegado a la conclusión de que un *software* informático suministrado electrónicamente, como el aquí controvertido, está comprendido en el concepto de «mercancías» a los efectos del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653. Para llegar a esta conclusión, me baso en las siguientes consideraciones.

55. En cuanto al tenor de la Directiva 86/653, el término «mercancías» aparece no solo en su artículo 1, apartado 2, sino también en sus artículos 4, apartado 2, letra a); 6, apartado 1, y 20, apartado 2, letra b). Sin embargo, ninguna de estas disposiciones aclara su significado ni su alcance. En cuanto a los argumentos formulados por Computer Associates, los términos utilizados en otras versiones lingüísticas del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 no

⁵³ Véase, por ejemplo, la sentencia de 4 de junio de 2020, *Trendsetteuse* (C-828/18, EU:C:2020:438), apartado 25.

⁵⁴ Conviene señalar que así ha sido reconocido en la jurisprudencia anterior del Reino Unido [véase, por ejemplo, la sentencia *Fern Computer Consultancy Ltd/Intergraph Cadworx & Analysis Solutions Inc* (2014) EWHC 2908 (Ch), en particular, los apartados 74, 86 y 93] y los documentos del Gobierno [véase Department of Trade and Industry, *Guidance Notes on the Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993, 1994*, artículo 2, Interpretación, párrafo cuarto]. Véase también, a este respecto, Tosato, A., «An exploration of the European dimension of the Commercial Agents Regulations», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2013, pp. 544 a 565.

⁵⁵ Véase, por ejemplo, la sentencia de 8 de septiembre de 2020, *Recorded Artists Actors Performers* (C-265/19, EU:C:2020:677), apartado 46.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, la sentencia de 1 de octubre de 2019, *Planet49* (C-673/17, EU:C:2019:801), apartado 48.

parecen apoyar una interpretación de que dicha disposición se limite a los bienes tangibles.⁵⁷ Por ejemplo, según el Gobierno alemán, la versión alemana respalda una interpretación del término «mercancías» que comprende los objetos intangibles (véase el punto 32 de las presentes conclusiones). Además, no parece que dichas versiones lingüísticas den a entender que el concepto de «mercancías» se limite necesariamente a los objetos tangibles.

56. A este respecto, procede señalar que las circunstancias del presente asunto difieren de las que dieron lugar al auto de 10 de febrero de 2004, Mavrona.⁵⁸ En él, el Tribunal de Justicia rechazó la posibilidad de extender el ámbito de aplicación de la Directiva 86/653 a los comisionistas que actúan por cuenta del empresario, pero en nombre propio, entre otros motivos, porque ello entraría en contradicción con el tenor del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653. En cambio, en el presente asunto no se trata de ir más allá del alcance de la armonización que establece el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653, sino que el Tribunal de Justicia ha de interpretar los conceptos, como el de «mercancías», que contiene dicha disposición, cuando el propio texto no les ha dado un significado claro.

57. En consecuencia, el tenor del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 no proporciona una respuesta inequívoca a la cuestión de si un *software* informático suministrado electrónicamente, como el aquí controvertido, constituye una «mercancía» a efectos de dicha disposición. Sin embargo, esta disposición no establece una distinción en función de la naturaleza tangible o intangible de los bienes. Por lo tanto, no se opone a una interpretación amplia del término «mercancías» que comprenda tanto los bienes tangibles como los intangibles que puedan ser objeto de intercambios comerciales.

58. La génesis de la Directiva 86/653 corrobora esta interpretación. En la propuesta de la Comisión,⁵⁹ la disposición que definía el concepto de agente comercial hacía referencia a «un número ilimitado de operaciones comerciales», lo que incluía tanto las mercancías como los servicios.⁶⁰ No se hacía ninguna indicación precisa del término «mercancías», a diferencia de otra disposición de la Propuesta que se refería a «bienes muebles y otros bienes» en relación con el derecho de retención que correspondía al agente comercial sobre los bienes del empresario a la expiración del contrato de agencia.⁶¹ Dichas disposiciones se mantuvieron, con alguna palabra añadida, en la propuesta modificada de la Comisión,⁶² tras la primera lectura del Parlamento Europeo,⁶³ junto con el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo.⁶⁴

⁵⁷ Véase la nota 15 de las presentes conclusiones.

⁵⁸ C-85/03, EU:C:2004:83, apartados 15 a 21.

⁵⁹ Véase Comisión, Igualdad de derechos para los agentes comerciales. Propuesta de Directiva del Consejo para la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales (independientes), COM(76) 670 final, de 13 de diciembre de 1976 (en lo sucesivo, «Propuesta»), proyecto de artículo 2.

⁶⁰ Véase, a este respecto, la Propuesta, citada en la nota 59 de las presentes conclusiones, proyecto de artículos 7, apartados 1 y 2; 8, apartado 1; 9, apartado 2; 10, apartado 2, letra a); 11, apartado 2; 21, apartado 1, y 32, apartado 2.

⁶¹ Véase la Propuesta, citada en la nota 59 de las presentes conclusiones, proyecto de artículo 29, apartado 2.

⁶² Véase Comisión, Propuesta de Directiva del Consejo para la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales (independientes), COM(78) 773 final, de 22 de enero de 1979 (en lo sucesivo, «Propuesta modificada»), proyecto de artículos 2 y 29.

⁶³ Véase la Resolución que contiene el dictamen del Parlamento Europeo sobre la Propuesta, de 12 de septiembre de 1978 (DO 1978, C 239, p. 18), en particular el proyecto de artículos 2 y 29.

⁶⁴ Véase la Resolución del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta, de 24 de noviembre de 1977 (DO 1978, C 59, p. 31), en particular los puntos 2.3.1, 2.8.7 y 2.8.8.

59. Sin embargo, en la primera reunión del Consejo sobre la Propuesta modificada,⁶⁵ la delegación danesa consideró que la propuesta «debería limitarse a las operaciones comerciales relativas a la venta de mercancías», postura que fue secundada por las delegaciones de Irlanda y del Reino Unido. Así se reflejó en los comentarios de estas delegaciones sobre el concepto de «agente comercial», donde solicitaban que las «operaciones comerciales» se definiesen como «contratos de compraventa de productos».⁶⁶

60. En consecuencia, la Comisión emitió un documento de trabajo en relación con el ámbito de aplicación de la Directiva propuesta,⁶⁷ en el que expuso su opinión sobre determinadas restricciones de las que podría ser objeto. En particular, observó que los servicios podían quedar excluidos, ya que había pocos tipos de servicio a los que la Directiva propuesta se podría aplicar. Sin embargo, consideró que era esencial abarcar a los agentes comerciales que operasen en sectores de especial importancia económica, concretamente los de la compra y venta de mercancías. Indicó que, dado que los agentes comerciales rara vez vendían determinados tipos de mercancías, como las materias primas y los productos agrícolas, la Directiva propuesta podría aplicarse solamente a los agentes que comprasen o vendiesen productos industriales, pero no servicios o materias primas.

61. En su siguiente reunión,⁶⁸ el Consejo, teniendo en cuenta dicho documento de trabajo, expresó su preferencia por una solución en la que la Directiva propuesta «cubr[iese] al menos las actividades relacionadas con la compra y la venta de productos». A este respecto, aunque algunas de las delegaciones respaldaron la exclusión de los servicios, las delegaciones danesa, irlandesa y del Reino Unido formularon reservas en cuanto a una solución que optara por regular algo más que la mera venta de mercancías. De este modo, según consta en el acta de la reunión: «Dado que no fue posible resolver esta cuestión ni la relativa a si la Directiva debería comprender las mercancías, los productos o los bienes tangibles, el *Grupo de Trabajo* adoptó para sus debates la *premisa de trabajo* de que la Directiva se aplicaría a los *agentes comerciales dedicados a la venta o la compra de mercancías.*»⁶⁹ Así se plasmó en la definición de agente comercial, que hacía referencia a la venta o la compra de mercancías.⁷⁰

62. Esta fue la postura que se mantuvo en el texto de la Directiva 86/653 finalmente adoptada.⁷¹ El proyecto de disposición relativa al derecho de retención del agente comercial sobre los «bienes muebles y otros bienes» del empresario fue modificado y finalmente suprimido en el curso del procedimiento legislativo.⁷²

63. En consecuencia, del acuerdo sobre el uso del término «mercancías» en lugar de «productos», «bienes tangibles» o «bienes muebles» puede deducirse que se pretendía que el concepto, en un sentido amplio, comprendiese el objeto de operaciones comerciales que representarían la

⁶⁵ Véase Doc. 8278/79, de 18 de julio de 1979, pp. 2 y 3.

⁶⁶ Véase Doc. 8278/79, citado en la nota 65 de las presentes conclusiones, pp. 6 y 7.

⁶⁷ Véase Doc. 8664/79, de 22 de agosto de 1979.

⁶⁸ Véase Doc. 11507/79, de 11 de diciembre de 1979, p. 2.

⁶⁹ Véase Doc. 11507/79, citado en la nota 68 de las presentes conclusiones, p. 2.

⁷⁰ Véase Doc. 11507/79, citado en la nota 68 de las presentes conclusiones, pp. 3 y 9.

⁷¹ Véanse, por ejemplo, Doc 7379/86, de 4 de junio de 1986, p. 3, y Doc 8543/86, de 18 de julio de 1986, p. 3. A este respecto, fue rechazada la propuesta de la delegación del Reino Unido de suprimir «o la compra» en la definición de agente comercial (véase, por ejemplo, Doc 6877/80, de 6 de mayo de 1980, p. 22).

⁷² Véanse, por ejemplo, Doc 4737/81, de 10 de febrero de 1981, pp. 8 y 9; Doc 10292/81, 28 de octubre de 1981, pp. 8 a 10; Doc 4347/82, de 21 de enero de 1982, p. 23, y Doc 7381/83, de 9 de junio de 1983, p. 19.

principal actividad de los agentes comerciales,⁷³ sin circunscribirse necesariamente a los objetos muebles y tangibles. Esta interpretación es coherente también con el contexto histórico en que se situó la Directiva 86/653, en un momento en que se había redactado una convención internacional sobre la representación en la compraventa internacional de mercaderías,⁷⁴ que se había limitado a la venta de mercancías, conforme a la actividad principal que desarrollaban los agentes comerciales en el comercio internacional en aquella época.⁷⁵ En contra de la alegación de Computer Associates, los documentos antes mencionados contienen elementos que indican que la posible aplicación de la Directiva a los «productos» no se entendía en sentido más amplio que «mercancías», sino que, especialmente en vista de la referencia a los «productos industriales», denotaba tipos concretos de mercancías que constituían una parte importante de la actividad de los agentes comerciales.

64. El contexto del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 también corrobora la idea de que el concepto de «mercancías» que allí aparece se puede interpretar en el sentido de que comprende los objetos tangibles y los intangibles. En particular, tal interpretación no dificulta a los agentes comerciales el desempeño de sus funciones esenciales en virtud de la Directiva 86/653, las cuales, según se desprende de los artículos 3, 4 y 17 de esta, consisten en buscar nuevos clientes para el empresario y desarrollar operaciones con los clientes existentes.⁷⁶

65. Tampoco se opone esta interpretación a la efectividad de las demás disposiciones de la Directiva 86/653 en las que aparece el término «mercancías». En este sentido, la descripción de las mercancías, que debe facilitar el empresario en virtud del artículo 4, apartado 2, letra a), de la Directiva 86/653; la remuneración razonable al agente comercial de acuerdo con lo que se paga a los agentes que trabajan con las mercancías en cuestión, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva, y el requisito que se impone en el artículo 20, apartado 2, letra b), para la validez de las cláusulas de no competencia, de que estas se refieran a las mercancías sobre las que versa el contrato de agencia, son disposiciones que se aplicarían con independencia de que se tratase de bienes tangibles o intangibles.

66. Así lo ilustran las circunstancias del presente asunto. Según he señalado en el punto 9 de las presentes conclusiones, en el contrato se trataba el *software* como un «producto» mercantil que The Software Incubator debía promocionar, comercializar y vender. Además, con arreglo al contrato, i) The Software Incubator tenía la obligación de dedicar una cantidad significativa de tiempo y esfuerzo a la promoción de las ventas y de las relaciones comerciales de Computer Associates con respecto al *software*; ii) el cálculo de la comisión de The Software Incubator se basaba en las ventas del *software*, y iii) existía una cláusula de no competencia que prohibía a The Software Incubator emprender actividades que entrasen en competencia con el *software*. Partiendo de estas premisas, procede señalar que el hecho de que el *software* fuese suministrado por medios intangibles no parece haber impedido a The Software Incubator o a Computer Associates cumplir con las obligaciones contractuales asumidas.

⁷³ Cabe señalar que esto se desprende de ciertas publicaciones de la época, que se adjuntaron a las observaciones de Computer Associates: véase Lando, O., «The EEC Draft Directive Relating to Self-Employed Commercial Agents», *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 44, 1980, pp. 1 a 16, en particular pp. 2 y 5; United Kingdom Law Commission, *Law of Contract. Report on the Proposed E.E.C. Directive on the Law relating to Commercial Agents*, n.º 84, 1977, en particular, artículo 2, letras a) a c), p. 15.

⁷⁴ Convención sobre Representación en la Compraventa Internacional de Mercaderías, firmada en Ginebra el 17 de febrero de 1983; disponible en <http://www.unidroit.org/>; no entró en vigor debido al número insuficiente de ratificaciones. Véase también, por ejemplo, Jansen, N. y Zimmermann, R., *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, pp. 592 a 593.

⁷⁵ Véase, a este respecto, Maskow, D., «Internal Relations Between Principals and Agents in the International Sale of Goods», *Revue de droit uniforme/Uniform Law Review*, vol. I, 1989, pp. 60 a 187, especialmente pp. 99 a 101.

⁷⁶ Véanse, a este respecto, las sentencias de 12 de diciembre de 1996, Kontogeorgas (C-104/95, EU:C:1996:492), apartado 26, y de 4 de junio de 2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438), apartado 33.

67. En contra de los argumentos formulados por Computer Associates, aunque el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 es una disposición esencial que delimita el ámbito de aplicación de la Directiva, de él no se desprende que el concepto de «mercancías» deba entenderse referido únicamente a objetos tangibles. Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase el punto 44 de las presentes conclusiones), la definición de «agente comercial» que contiene dicha disposición es de carácter inclusivo, en el sentido de que se considera agentes comerciales a todas las personas que cumplan los requisitos allí establecidos, siempre que no les afecten las exclusiones de los artículos 1, apartado 3, y 2, apartado 1. Estas exclusiones se refieren, en términos generales, a la profesión y actividades de determinados tipos de personas, y no a la clase de mercancías comercializadas.⁷⁷

68. Por otro lado, no desvirtúa mi análisis la interpretación del concepto de «mercancías» en otros ámbitos del Derecho de la Unión. En particular, en el contexto de la legislación de la Unión en materia de aduanas⁷⁸ y del IVA,⁷⁹ donde el término «mercancías» se circunscribe a los bienes tangibles, el *software* informático suministrado por medios intangibles no ha sido considerado como «mercancía», pero en el contexto de los actos de la Unión en materia de marcas⁸⁰ y de productos sanitarios,⁸¹ el *software* informático ha sido calificado como un tipo de «mercancías». Estos ejemplos difieren del contexto del presente asunto, en el que el concepto de «mercancías» de la Directiva 86/653 no se ha limitado expresamente a los objetos tangibles ni se ha abordado el tema del *software* informático.

69. De igual manera, en materia de la libre circulación de mercancías, el Tribunal de Justicia ha definido reiteradamente las «mercancías» en sentido amplio, como «productos que pueden valorarse en dinero y que, como tales, pueden ser objeto de transacciones comerciales».⁸² Así, por ejemplo, los juegos electrónicos, incluidos los juegos de ordenador,⁸³ y la electricidad⁸⁴ están incluidos en esta definición, a pesar de su carácter intangible. Dado que, según se desprende de las circunstancias del presente asunto, el *software* es un producto que ha sido valorado en dinero y ha sido objeto de transacciones comerciales, parece encajar perfectamente en esa definición. A

⁷⁷ En general, el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 86/653 excluye a las personas que trabajen en sociedades o asociaciones, a personas asociadas o a personas dedicadas a administrar quiebras, mientras que el artículo 2, apartado 1, excluye a los agentes comerciales cuya actividad no esté remunerada o que operen en los mercados de materias primas, amén de un organismo específico del Reino Unido.

⁷⁸ En el contexto de los actos de la Unión relativos al régimen aduanero común, el término «mercancías» ha sido interpretado como referido únicamente a los bienes tangibles, en atención a la naturaleza de dicho régimen, lo que ha suscitado cuestiones relativas al *software* informático como bien intangible incorporado a un bien tangible a efectos de valoración en aduana. Véanse, por ejemplo, las sentencias de 14 de julio de 1977, Bosch (1/77, EU:C:1977:130), apartado 4; de 18 de abril de 1991, Brown Boveri (C-79/89, EU:C:1991:153), apartado 21; de 16 de noviembre de 2006, Compaq Computer International Corporation (C-306/04, EU:C:2006:716), apartados 30, 31 y 37, y de 10 de septiembre de 2020, BMW (C-509/19, EU:C:2020:694), apartados 12 a 23; véanse también las conclusiones de la Abogada General Stix-Hackl presentadas en el asunto Compaq Computer International Corporation (C-306/04, EU:C:2006:68), puntos 50 a 58.

⁷⁹ En cuanto a los actos de la Unión en materia del IVA, el concepto de «entrega de bienes» está expresamente limitado a los objetos tangibles, de manera que los productos digitales, incluido el *software* informático, suministrados por medios intangibles, se consideran como prestaciones de servicios, pero, si dichos productos se distribuyen en un medio tangible, se consideran entregas de bienes. Véanse, por ejemplo, las sentencias de 5 de marzo de 2015, Comisión/Francia (C-479/13, EU:C:2015:141), apartado 35; de 5 de marzo de 2015, Comisión/Luxemburgo (C-502/13, EU:C:2015:143), apartado 42, y de 7 de marzo de 2017, RPO (C-390/15, EU:C:2017:174), apartados 43 a 72, en particular, el apartado 50. Véanse también, en relación con el *software* informático adaptado, la sentencia de 27 de octubre de 2005, Levob Verzekeringen y OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:649), apartados 17 a 30, y las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Levob Verzekeringen y OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:292), puntos 28 a 60.

⁸⁰ Véase, por ejemplo, la sentencia de 29 de enero de 2020, Sky y otros (C-371/18, EU:C:2020:45), apartados 30, 47 y 54.

⁸¹ Véase, por ejemplo, la sentencia de 22 de noviembre de 2012, Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742), en particular, apartados 16 a 19.

⁸² Véanse, por ejemplo, las sentencias de 10 de diciembre de 1968, Comisión/Italia (7/68, EU:C:1968:51), p. 428, y de 23 de enero de 2018, Buhagiar y otros (C-267/16, EU:C:2018:26), apartado 67.

⁸³ Véase la sentencia de 26 de octubre de 2006, Comisión/Grecia (C-65/05, EU:C:2006:673), apartados 23 y 24.

⁸⁴ Véase, por ejemplo, la sentencia de 6 de diciembre de 2018, FENS (C-305/17, EU:C:2018:986), apartado 34, y las conclusiones de la Abogada General Sharpston presentadas en el asunto FENS (C-305/17, EU:C:2018:536), puntos 19 a 21.

mi parecer, y en contra de lo alegado por Computer Associates, cuando el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Sacchi⁸⁵ que la transmisión de señales de televisión constituye servicios, mientras que los productos utilizados en la difusión de dichas señales son mercancías y, en la sentencia Jägerskiöld,⁸⁶ que los derechos de pesca y las autorizaciones de pesca son servicios y no mercancías, lo hizo atendiendo a las circunstancias concretas de dichos asuntos, sin establecer una limitación general del concepto de «mercancías» a los objetos tangibles en ese contexto.

70. En mi opinión, las Directivas 2011/83, 2019/770 y 2019/771 tampoco respaldan una interpretación del concepto de «mercancías» del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 que se limite a los objetos tangibles. En pocas palabras, dichas Directivas son instrumentos jurídicos esenciales del Derecho de la Unión sobre contratos celebrados con consumidores.⁸⁷ La Directiva 2011/83 se aplica a los contratos de suministro de contenido digital celebrados con consumidores, con independencia del modo de transmisión y, aunque el contenido digital suministrado en un soporte material se considera un «bien», el suministrado en un medio intangible no se considera ni contrato de venta ni de servicio y se somete a normas especiales.⁸⁸ Por lo tanto, esta Directiva no resuelve la cuestión de la calificación del contenido digital⁸⁹ y establece una categoría específica para él, diferente de los «bienes», que se definen como «todo bien mueble tangible».⁹⁰

71. Las Directivas 2019/770 y 2019/771 siguen planteamientos similares. La Directiva 2019/770 se aplica a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales celebrados con consumidores, con independencia del soporte, material o no, utilizado para la transmisión, y comprende incluso el propio soporte material, cuando este sirve exclusivamente como portador del contenido digital.⁹¹ No obstante, deja al Derecho nacional la cuestión de la naturaleza jurídica de tales contratos.⁹² A título complementario, la Directiva 2019/770 establece normas armonizadas para contratos con consumidores de compraventa de bienes, como los relativos a «bienes con elementos digitales», concepto que hace referencia a «objetos muebles tangibles» que incorporen contenidos o servicios digitales o estén interconectados con ellos para poder funcionar.⁹³ Por lo tanto, esta Directiva limita el concepto de «bienes» a los «objetos muebles tangibles», añadiendo normas específicas para los bienes de naturaleza digital.

72. Sobre esta base, es preciso señalar, en particular, que estas tres Directivas representan el propósito del legislador de la Unión de desarrollar una normativa especial para acomodar a los contratos celebrados con consumidores el contenido digital, incluido el *software* informático, sin alterar la noción tradicional de «bienes» que, a diferencia de la Directiva 86/653, se vincula

⁸⁵ Véase la sentencia de 30 de abril de 1974 (155/73, EU:C:1974:40), apartados 6 y 7.

⁸⁶ Véase la sentencia de 21 de octubre de 1999 (C-97/98, EU:C:1999:515), apartados 30 a 39.

⁸⁷ Véase un análisis de estas Directivas en su contexto más amplio, por ejemplo, en Helberger, N. y otros, «Digital Content Contracts for Consumers», *Journal of Consumer Policy*, vol. 36, 2013, pp. 37 a 57; Jansen y Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, citados en la nota 74 de las presentes conclusiones, pp. 1 a 18, y Staudenmayer, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *European Review of Private Law*, vol. 28, 2020, pp. 219 a 250.

⁸⁸ Véase la Directiva 2011/83, en particular sus artículos 1; 5, apartado 2; 6, apartado 2; 9, apartado 2, letra c); 14, apartado 4, letra b); 16, letra m), y 17, apartado 1, y el considerando 19. Véase también, por ejemplo, Comisión, Informe sobre la aplicación de la Directiva 2011/83, COM(2017) 259 final, de 23 de mayo de 2017, punto 5.

⁸⁹ Véase, a este respecto, Helberger y otros, citado en la nota 87 de las presentes conclusiones, p. 44.

⁹⁰ Véase la Directiva 2011/83, artículo 2, apartado 3.

⁹¹ Véase la Directiva 2019/770, en particular, sus artículos 1 y 3, apartados 1 y 3, y los considerandos 19 y 20.

⁹² Véase la Directiva 2019/770, en particular, su considerando 12.

⁹³ Véase la Directiva 2019/771, en particular, sus artículos 1, 2, apartado 5, y 3, apartados 3 y 4, y los considerandos 12 a 16. Véase también la Directiva 2019/770, artículos 2, apartado 3, y 3, apartado 4, y los considerandos 21 y 22.

expresamente a los objetos tangibles. Además, la Directiva 2019/770 equipara los modos tangibles e intangibles de suministro de contenidos digitales, lo que favorece una interpretación del término «mercancías» de la Directiva 86/653 que comprenda ambos.

73. Por último, estoy de acuerdo con la postura de The Software Incubator, el Gobierno alemán y la Comisión según la cual una interpretación del término «mercancías» que comprenda los objetos tangibles y los intangibles es coherente con los objetivos perseguidos por la Directiva 86/653. En particular, conviene subrayar que la restricción del concepto de «mercancías» a los objetos tangibles tendría por efecto dejar sin protección a los agentes comerciales que negocian la venta del mismo artículo suministrado en un medio intangible. Ello limitaría el alcance de la protección ofrecida a los agentes comerciales en sus relaciones con los empresarios en virtud de la Directiva 86/653, que constituye uno de los objetivos de esta (véase el punto 43 de las presentes conclusiones).

74. A este respecto, tal como he mencionado en los puntos 46 a 50 de las presentes conclusiones, en la sentencia *UsedSoft* el Tribunal de Justicia reconoció que la distribución de un programa de ordenador en un soporte material es el equivalente funcional de la transmisión mediante descarga. En consecuencia, de dicha sentencia se deduce que una interpretación del concepto de «mercancías» del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 que comprenda los objetos tangibles y los intangibles garantiza que los agentes comerciales que negocian la venta de *software* informático reciban la misma protección independientemente del medio en que se suministre.

75. En cambio, una interpretación de dicho concepto que se limite a los objetos tangibles permitiría a los empresarios eludir disposiciones imperativas de la Directiva 86/653, especialmente las relativas a la indemnización o compensación que se adeuda a los agentes comerciales en caso de terminación del contrato de agencia (véase el punto 43 de las presentes conclusiones), con tan solo disponer la distribución de las mercancías por medios intangibles. Ello socavaría los objetivos perseguidos por la Directiva de proteger a los agentes comerciales y fomentar la seguridad de las operaciones comerciales. En efecto, tal como apuntan The Software Incubator y la Comisión, los agentes comerciales no deben verse privados de la protección de la Directiva por una decisión del empresario, o del cliente en su caso, en relación con el medio de suministro, decisión que puede tomarse cuando el agente comercial ya ha realizado su función de negociar la venta de las mercancías.

76. Además, en contra de lo argumentado por Computer Associates, no hay nada que permita entender la referencia a los «intercambios de mercancías» que contiene el considerando 3 de la Directiva 86/653, en relación con los artículos 1 y 2 de esta, en el sentido de que respalda una interpretación del término «mercancías» limitada a los objetos tangibles. Dicha alusión se refiere al objetivo de la Directiva 86/653 de armonizar las legislaciones de los Estados miembros sobre los agentes comerciales con el fin de establecer un mercado único, y no tiene nada que ver con el significado del término «mercancías» en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva. Así lo evidencia el hecho de que la citada alusión apareciese de idéntica manera en la propuesta de la Comisión de la Directiva 86/653, que contenía una definición más amplia del agente comercial, que abarcaba los productos y los servicios (véase el punto 58 de las presentes conclusiones).⁹⁴

⁹⁴ Véase la Propuesta, citada en la nota 59 de las presentes conclusiones, proyecto de considerando 3. Véase también la Propuesta modificada, citada en la nota 62 de las presentes conclusiones, proyecto de considerando 3.

77. Por otro lado, se ha de considerar la necesidad de una interpretación dinámica o evolutiva del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 que tenga en cuenta los cambios tecnológicos, a fin de lograr los objetivos de dicha Directiva.⁹⁵ A este respecto, aunque la comercialización de *software* informático mediante descarga no era previsible cuando se adoptó la Directiva 86/653, hoy en día es el método predominante. Por consiguiente, a mi parecer, no reconocer esta evolución tecnológica podría privar de eficacia a la normativa aplicable a los agentes comerciales establecida en la Directiva 86/653.

78. Por lo tanto, llego a la conclusión de que el *software* informático suministrado a los clientes de un empresario por medios electrónicos, como el aquí controvertido, está comprendido en el concepto de «mercancías» utilizado en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653.

C. Segunda cuestión prejudicial

79. Tal como he mencionado en el punto 38 de las presentes conclusiones, la segunda cuestión prejudicial trata de aclarar si el suministro de un *software* informático a los clientes de un empresario en virtud de una licencia perpetua, como el aquí controvertido, constituye una «venta» a efectos del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653.

80. Según se desprende de la resolución de remisión y de la información facilitada al Tribunal de Justicia, en las circunstancias del presente asunto la licencia concedida por Computer Associates a sus clientes confiere a estos el derecho a utilizar una copia del *software* por tiempo indefinido a cambio del pago de un canon correspondiente al valor económico de la copia (véanse los puntos 11 y 12 de las presentes conclusiones).

81. Según los argumentos formulados por Computer Associates, no se puede calificar de «venta» tal licencia, pues no implica una transmisión de la propiedad sobre el *software*. The Software Incubator, el Gobierno alemán y la Comisión tienen otra opinión.

82. Como he señalado en el punto 53 de las presentes conclusiones, el tenor del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653, incluido el término «venta», no hace referencia a la legislación nacional. Por lo tanto, dicho término debe considerarse un concepto autónomo del Derecho de la Unión, que ha de ser objeto de una interpretación uniforme en toda la Unión, independiente de la legislación nacional y que atienda principalmente al tenor, al contexto y a los objetivos de la Directiva 86/653.

83. Partiendo de estas premisas, he llegado a la conclusión de que el suministro de un *software* informático a los clientes de un empresario en virtud de una licencia perpetua, como el aquí controvertido, que confiere al cliente el derecho a utilizar una copia del *software* por tiempo indefinido a cambio del pago de un canon correspondiente al valor económico de dicha copia, está comprendido en el concepto de «venta» a los efectos del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653. Las razones en que baso dicha conclusión son las siguientes.

⁹⁵ Véanse, a este respecto, las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto Vereniging Openbare Bibliotheken (C-174/15, EU:C:2016:459), puntos 24 a 40, y las conclusiones del Abogado General Bobek presentadas en el asunto Entoma (C-526/19, EU:C:2020:552), puntos 69 a 84.

84. El tenor del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 no ofrece ninguna orientación sobre cómo se ha de entender el concepto de «venta». En cuanto a los argumentos formulados por Computer Associates, los términos utilizados en otras versiones lingüísticas del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 no parecen respaldar que dicho término deba entenderse necesariamente de una determinada forma.⁹⁶

85. No obstante, procede señalar que el uso del término «venta» en dicha disposición sin reserva alguna admite una interpretación que comprenda todas las operaciones que impliquen la transmisión de la propiedad sobre una mercancía. A este respecto, tal como he mencionado en los puntos 46 a 50 de las presentes conclusiones, en la sentencia *UsedSoft* el Tribunal de Justicia acogió una interpretación amplia del concepto de «venta» que comprendía todas las formas de comercialización de productos caracterizadas por la concesión del derecho a utilizar una copia de un programa de ordenador por tiempo indefinido a cambio del pago de un precio correspondiente al valor económico de dicha copia. No veo motivo para que la postura del Tribunal de Justicia en dicha sentencia no sea válida en el presente asunto. Antes bien, considero que el contexto y los objetivos de la Directiva 86/653 exigen una interpretación amplia del concepto de «venta» conforme a dicha postura.

86. En cuanto al contexto de la Directiva 86/653, procede señalar que esta interpretación es coherente con las funciones esenciales desempeñadas por el agente comercial, que (como he mencionado en el punto 64 de las presentes conclusiones y como se desprende de los artículos 3, 4 y 17 de la Directiva) consisten en buscar nuevos clientes para el empresario y desarrollar operaciones con los clientes existentes. Esto queda patente en el contrato de que aquí se trata, que hace referencia a la «venta» del *software* en relación con las funciones que debe desempeñar The Software Incubator, como antes he expuesto (véase el punto 66 de las presentes conclusiones).

87. Esta interpretación también es acorde con los objetivos de la Directiva 86/653. En particular, en vista de la sentencia *UsedSoft*, procede considerar que una interpretación amplia del concepto de «venta» del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 es coherente con el objetivo perseguido por esta de proteger a los agentes comerciales en sus relaciones con los empresarios (véase el punto 43 de las presentes conclusiones). Cualquier otra solución socavaría este objetivo, al permitir a los empresarios eludir las disposiciones imperativas de la Directiva 86/653 con tan solo denominar el acuerdo con su cliente «licencia» en lugar de «venta». Además, podría privar de la protección que ofrece la Directiva 86/653 a un gran número de agentes comerciales, pues el *software* informático normalmente se comercializa mediante licencias.

88. Procede añadir que, aunque la génesis del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653 ofrece una orientación mínima acerca del significado del término «venta», habida cuenta del contexto comercial de la época (véanse los puntos 58 a 63 de las presentes conclusiones), este concepto en dicha disposición pretendía abarcar las actividades principales de los agentes comerciales y no obstaculizar la aplicación de la Directiva 86/653 a la futura evolución tecnológica que experimentasen dichas actividades.

⁹⁶ Véase la nota 15 de las presentes conclusiones.

89. En consecuencia, llego a la conclusión de que el suministro de un *software* informático a los clientes de un empresario en virtud de una licencia perpetua, como el aquí controvertido, que confiere al cliente el derecho a utilizar una copia del *software* por tiempo indefinido a cambio del pago de un canon correspondiente al valor económico de dicha copia, está comprendido en el concepto de «venta» utilizado en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653.

VII. Conclusión

90. Habida cuenta de las consideraciones precedentes propongo al Tribunal de Justicia responder de la siguiente forma a las cuestiones planteadas por la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido):

- «1. Una copia de *software* informático como el controvertido en el procedimiento principal, que se suministra a los clientes de un empresario de forma electrónica y no en un soporte físico, constituye una “mercancía” en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes.
2. El suministro de un *software* informático a los clientes de un empresario en virtud de una licencia perpetua, como el controvertido en el procedimiento principal, que confiere el derecho a utilizar una copia del *software* por tiempo indefinido a cambio del pago de un canon correspondiente al valor económico de dicha copia, constituye una “venta” en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 86/653.»