

Sentencia del TJUE (Sala Cuarta), Asunto C-410/19, «The Software Incubator Ltd contra Computer Associates (UK) Ltd» (procedimiento prejudicial), de 25 de marzo de 2021

¿LA COMPRAVENTA ESTÁ DEMODÉ? LA ADAPTACIÓN DE LOS CONCEPTOS CLÁSICOS DEL DERECHO PRIVADO A LA REALIDAD DIGITAL (A PROPÓSITO DE UN CONTRATO DE AGENCIA DE DISTRIBUCIÓN DE SOFTWARE EN FORMATO DIGITAL)

La Revolución Digital está dando muchos quebraderos de cabeza a los órganos jurisdiccionales porque, en muchas ocasiones, se ven inmersos en un vacío legislativo. Una gran parte de las normas que rigen el tráfico mercantil, como es el caso que nos ocupa, están pensadas para una realidad analógica, radicalmente distinta a la realidad digital en la que hoy vivimos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido que hacer frente a esta difícil transición en la Sentencia de 16 de septiembre de 2021 en el Asunto C-410/19 con motivo de la protección que debe recibir un agente comercial cuyo objeto de comercio es el software. Las dos cuestiones prejudiciales planteadas jurídicamente se pueden reducir a si un software entregado como archivo digital y no en formato físico puede considerarse una «compraventa de mercancías» en el sentido de la Directiva 86/653 y, en consecuencia, la actividad del agente comercial queda protegida por esta norma. La cuestión material que realmente provocó el conflicto es más profana, si el agente comercial tiene derecho a la indemnización a la que hace referencia el artículo 6 de la directiva.

El origen de esta controversia jurídica está en el conflicto entre dos compañías mercantiles: Computer Associates UK Ltd y The Software Incubator Ltd. La primera desarrolló un software que era capaz de coordinar el conjunto de aplicaciones que se utilizan en las empresas. Con el objetivo de promocionar su software y de crecer en el mercado, entró en contacto con The Software Incubator, con la que firmó un contrato que en España, pese a las particularidades del clausulado, podríamos calificar como agencia. A los pocos meses de la firma, Computer Associates decidió resolver el contrato negando una indemnización conforme al artículo 6 de la Directiva 86/653 porque la mayoría de las ventas realizadas no se hacían en formato físico, sino que la entrega se producía mediante la descarga de un archivo desde los servidores del desarrollador, decisión que no dependía del agente, sino del consumidor.

La cuestión que dirimió el TJUE en su sentencia es la definición del concepto «compraventa de mercancía» y su posible adaptación a los bienes inmateriales. A estos efectos, dividió la cuestión en dos apartados. En primer lugar, estudió el concepto de mercancía y, en segundo, el concepto de compraventa.

Sobre el concepto de *mercancía* utilizado en la directiva encontramos dos posiciones claramente diferenciadas. Por un lado, el desarrollador de software propone una interpretación literal e historicista del concepto y sostiene que, como la directiva

es del año 1986, el legislador comunitario no pudo prever que los agentes comerciales podrían llegar a tener entre su objeto de negocio productos intangibles como el software. Además, aduce que en algunos de los documentos preparatorios se manejó el concepto de «bien mueble y otros bienes» como alternativa a mercancía. Siguiendo esta interpretación histórica, el concepto de mercancía no podría incluir bienes inmateriales. Por otro lado, el agente comercial, consciente de la ambigüedad del concepto y del momento histórico en el que se promulgó la directiva, propone una interpretación teleológica aludiendo a la finalidad de esta norma que podemos encontrar en sus considerandos: proteger a los agentes comerciales. Por lo tanto, si nuestro objetivo es proteger a estos operadores económicos, el hecho de que las mercancías sean tangibles o intangibles es indiferente siempre que sus obligaciones contractuales se identifiquen con las del agente comercial.

El TJUE optó por suscribir la opinión del agente comercial, creo que de forma acertada, y entender que el concepto de mercancía debe trascender la materialidad del objeto y debe estar abierto a la evolución de los mercados y de la forma en la que los agentes prestan sus servicios. No obstante, el problema de fondo es otro y el propio TJUE parece apuntarlo. Los cambios asociados a la Revolución Digital han afectado radicalmente a la forma en la que desarrollamos nuestras vidas, con una transición desde el consumo analógico al consumo digital que nos está haciendo perder un elemento de control esencial sobre el entorno que nos rodea: la posesión material. Con la salvedad de las normas que se están dictando *ad hoc* para la nueva realidad digital, la mayoría de las normas vigentes se promulgaron pensando en el mundo analógico y precisamente por eso los conceptos utilizados presentan características propias del mundo material. No estamos únicamente ante un problema de conceptos como el que aquí nos ocupa, sino que toda la estructura normativa y las soluciones propuestas para los problemas del tráfico mercantil están pensadas para explotaciones analógicas donde los distintos operadores implicados en el tráfico son otros y plantean otra problemática. De esta forma, en la actualidad tenemos un choque de realidades entre la que imaginó el legislador en sus normas y la que realmente existe. Esta desconexión de la realidad por parte de los poderes públicos provoca una falta de seguridad jurídica importante que obliga al TJUE a reinterpretar las normas, llegando a ocupar el lugar del legislador.

En relación con el concepto de *compraventa* no podemos olvidar que esta directiva se promulgó en el año 1986 y estaba pensada para los agentes comerciales, que bien podríamos llamar los intermediarios de la sociedad analógica, dado que proporcionaban soporte técnico y material a los proveedores de productos y/o servicios para ampliar su público potencial. De esta forma, los conceptos que estructuran esta norma están pensados para un mercado puramente analógico en el que la posesión directa era posible, luego el concepto que mejor se adaptaba era el de compraventa. Por este motivo, tanto el Tribunal como el Abogado General acogieron una interpretación teleológica de este concepto. Otra opción podría haber sido encuadrar esta relación comercial en el concepto de contrato de cesión de derechos, muy utilizado

en el campo de la propiedad intelectual, o en el de contrato de licencia de usuario final (CLUF), más propio del mundo del software y cuya regulación se adapta mejor a la problemática planteada. No obstante, esta calificación del contrato no habría permitido dar una solución satisfactoria para el caso concreto porque ello habría impedido aplicar la protección del artículo 6 de la Directiva 86/653 al presente asunto.

Teniendo estas circunstancias en mente, el Tribunal se vio en la obligación de reinterpretar y actualizar el concepto de compraventa estableciendo un concepto autónomo del Derecho de la UE, adaptándolo así a las nuevas relaciones comerciales que se desarrollan en la actualidad. Como indicábamos en el párrafo anterior, la pérdida de la posesión material a cambio de una suerte de posesión asistida por medios técnicos en el mundo digital nos obliga a repensar los principios que sostienen el concepto de compraventa. En el mundo digital, los conceptos de propiedad y posesión ya no existen tal y como los conocíamos. A estos efectos, el Tribunal utilizó la dicotomía entre el *corpus mysticum* (la obra en sí misma considerada) y el *corpus mechanicum* (las sucesivas copias de la obra) para justificar esta resignificación del concepto de compraventa. Así, el Tribunal diferencia dos derechos de propiedad distintos:

- (i) El derecho de propiedad intelectual sobre el programa de ordenador que se distribuye, que necesariamente es un objeto intangible.
- (ii) Los distintos derechos de propiedad sobre cada una de las copias del programa de ordenador distribuido, que pueden ser tangibles o intangibles.

La inmaterialidad y la falta de posesión, como podemos ver, son una cuestión jurídica a la que ya nos hemos enfrentado con la existencia de la propiedad intelectual. No obstante, dado que el objeto protegido siempre tenía una representación material en sus copias, sí que se podía concluir un contrato de compraventa sobre el *corpus mechanicum*, lo que facilitaba la resolución de esta posible confusión conceptual.

Por lo tanto, este problema adquiere una nueva dimensión, pero el Tribunal entiende que el conflicto deriva de no haber separado estos conceptos adecuadamente, dicotomía que la directiva no hizo al no poder prever la distribución de bienes inmateriales. Así, estructura su respuesta en dos fases. En primer lugar, establece las condiciones por las cuales la distribución puede ser calificada o, al menos, equiparada a la compraventa. En este sentido, no es necesario que se transmita la propiedad sobre el propio programa de ordenador, sino sobre sus sucesivas copias. En segundo lugar, para poder aplicar el concepto de compraventa a la distribución de software en formato digital será necesario cumplir con las condiciones señaladas en la Sentencia del propio Tribunal de 3 de julio de 2012 en el Asunto C-128/11, «UsedSoft», siendo la más reseñable que la licencia sea perpetua.

Una vez analizado el razonamiento utilizado por el Tribunal, vamos a hacer una consideración importante sobre la necesidad de introducir flexibilidad en algunos conceptos jurídicos para lograr un fin en concreto, pese a las reticencias en otros sectores del ordenamiento jurídico. Todavía nos encontramos en una etapa de transición en la que, por suerte o por desgracia, no vivimos plenamente inmersos en el mundo digital.

Estamos viendo avances, en ocasiones vertiginosos, en el desarrollo de las transacciones digitales, siendo el metaverso la más cercana en el tiempo, una realidad que dará mucho que hablar por los grandes retos jurídicos y democráticos que comporta. Dicha problemática deriva, precisamente, de la pérdida de la posesión material, una de las principales garantías de nuestra libertad individual porque nos permite ejercer nuestra voluntad sobre nuestro entorno. Sin embargo, por el momento estos avances tecnológicos todavía no están al alcance de todos los ciudadanos, bien por barreras materiales, como puede ser la falta de medios económicos para acceder a la infraestructura que ello requiere; por barreras cognitivas, como es la falta de los conocimientos y las habilidades necesarias para entrar en este nuevo mundo; o por barreras de desconfianza, como el escepticismo de los consumidores frente a unos nuevos operadores jurídicos cuyos objetivos e intereses no comparten.

Este cúmulo de circunstancias hace que los servicios analógicos sigan muy presentes en nuestra vida diaria. No obstante, no son inmunes a la influencia de los servicios digitales y han tenido que introducir cambios en sus modelos de negocio para sobrevivir y adaptarse a las nuevas necesidades de los consumidores. Por lo tanto, esta etapa de transición hace que tengamos una mezcla donde el suministro de productos y/o servicios materiales está asistido por medios técnicos o donde se suministran productos inmateriales utilizando relaciones jurídicas tradicionales. Las relaciones jurídicas que sirven de base siguen siendo las mismas, pero las transformaciones derivadas de la Revolución Digital provocan tensiones importantes. Justamente en este punto es donde necesitamos la flexibilidad. Nuestro objetivo debe ser evitar que una normativa con conceptos y soluciones más o menos adecuadas para el mundo analógico deje de ser apta cuando el contexto social y económico cambien. La realidad es que las etapas de cambio son cíclicas y no van a cesar. En consecuencia, la flexibilidad conceptual siempre va a ser necesaria. Al TJUE parece que le ha costado darse cuenta, ya que en otros sectores del ordenamiento jurídico mucho más afectados por la Revolución Digital como son los derechos de autor manifiesta una clara reticencia a flexibilizar conceptos, descargando toda la responsabilidad de adaptar la normativa sobre los órganos legislativos de la Unión Europea.

En definitiva, estamos ante una sentencia que puede tener efectos positivos para el desarrollo del ordenamiento jurídico de la Unión Europea si se sigue esta tendencia de flexibilización de conceptos. Ningún aparato legislativo, ni de la Unión Europea ni de ninguno de los Estados miembros, puede ser capaz de anticipar todos los acontecimientos con capacidad de modificar nuestra vida cotidiana. Tener conceptos rígidos y anclados a determinadas épocas históricas es una decisión cuando menos cuestionable por la poca perspectiva de futuro que demuestra. No obstante, siempre cabría preguntarse si es suficiente con actualizar los conceptos o es necesario hacer modificaciones estructurales profundas en nuestro ordenamiento jurídico. Terminaremos este comentario con un párrafo atribuido al maestro Herbert von Karajan:

Quizá fuera posible combinar esas dos cosas: precisión y elasticidad. No creo que una excluya a la otra; Es sólo que, dependiendo de la música, se necesita más una que otra. [...] Si quiero precisión, trato de conseguirla, pero no hasta hacer sentir a los músicos que los dirijo con un látigo. También dejo que sean ellos mismos y que tengan la flexibilidad de cambiar de color y temperamento en su instrumento.

No podemos convertir los conceptos jurídicos en látigos, sino que, en su justa medida, deben tener vida propia para poder adaptarse a los cambios que estén por venir.

Antonio ALONSO-BARTOL BUSTOS
Investigador Predoctoral en Formación (FPU)
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Salamanca
antonioabartol@usal.es