

El programador de software: ¿prestador de servicio o productor?

Tomàs Gabriel García-Micó, Universitat de Barcelona*

Abstract: Los programas informáticos (software) son conjuntos de código en lenguaje de programación que establecen las reglas de funcionamiento del dispositivo en el que se integran o con el que se interconectan. Como tales, no son más que información: son intangibles, son servicios. Bajo la vigencia de la Directiva 85/374, la STJUE *Krone* aclaró que, aunque la información no constituye un producto en sí misma, sí puede ser considerada un componente, siempre que se refiera a uno de los elementos inherentes al producto en el que se integra. Este cambio se consolida con la aprobación de la Directiva 2024/2853, que incluye expresamente a los programas informáticos en la definición de producto y, además, consagra y matiza el principio establecido por la STJUE *Krone* mediante la introducción de los denominados “servicios conexos”.

Palabras clave: Programa informático, información, servicio digital, responsabilidad por producto defectuoso, servicio conexo.

Zusammenfassung: Softwareprogramme sind Ansammlungen von Codes, die in einer Programmiersprache abgefasst sind und die festlegen, nach welchen Regeln das Gerät funktioniert, in das sie integriert oder mit dem sie verbunden sind. Als solche stellen sie lediglich Informationen dar: sie sind immateriell, sie sind digitale Dienste. In Bezug auf die Richtlinie 85/374 stellte der EuGH im Urteil *Krone* klar, dass Informationen zwar kein Produkt im eigentlichen Sinne sind, jedoch als Faktor zu Bestimmung der Fehlerhaftigkeit eines Produkts angesehen werden können, sofern sie sich auf das Produkt beziehen, dem sie innewohnen. Diese Auslegung wird durch die Verabschiedung der Richtlinie 2024/2853 untermauert, die Softwareprogramme ausdrücklich in die Produktdefinition einbezieht und

* Profesor lector de Derecho civil y miembro del Instituto de investigación TransJus. Esta contribución forma parte del Proyecto I+D+i PID2024-157907NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER UE; y se integra en las actividades del Grup de Dret civil català UB de investigación consolidado por la Generalitat de Catalunya 2021 SGR 347.

darüber hinaus den im Urteil *Krone* aufgestellten Grundsatz durch die Einführung sogenannter „verbundener Dienste“ bestätigt und präzisiert.

Schlüsselwörter: Softwareprogramm, Information, digitaler Dienst, Produkthaftung, verbundener Dienst.

A. Introducción

Los programas informáticos son información y, por tanto, intangibles e incorpóreos. Por ello, los daños que causen se pueden reclamar por el régimen de responsabilidad por servicio defectuoso propio del Derecho español. Esto ha cambiado con la aprobación de la Directiva (UE) 2024/2853, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo (en adelante, DPD),¹ que ha incluido a los programas informáticos entre el elenco de productos cubiertos por su ámbito de aplicación, lo cual confirma una tendencia que empezó con las Directivas 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes² (Considerandos 5 y 14 y art. 2.5 b) y 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales;³ la progresiva superación del clásico binomio producto (o bien) y servicio.

El trabajo analiza el difícil y forzado encaje que en la actualidad tienen los programas informáticos en 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 (en lo sucesivo, Directiva 85/374),⁴ que seguirá aplicándose a los productos introducidos en el mercado antes del 9 de diciembre de 2026. A continuación, se expondrán los cambios más relevantes que introduce la DPD y las consecuencias que tendrá para el Derecho español su entrada en vigor y transposición.

1 DO L, de 18.11.2024.

2 DO L 136, de 22.5.2019.

3 DO L 136, de 22.5.2019.

4 DO L 210, de 7.8.1985.

B. Los programas informáticos

Un programa informático es intangible, pues no es más que información, un conjunto de instrucciones o de comandos sobre cómo operará o funcionará un concreto sistema.⁵ En el ciclo de vida del programa informático previo a su comercialización debemos distinguir entre distintas fases: la primera fase, en que se diseña el algoritmo, es decir, la redacción del objetivo perseguido por el programador (e.g., encontrar la ruta más rápida entre dos puntos). La segunda fase, en la que el algoritmo se convierte en el código fuente, un archivo digital que contiene instrucciones concretas, escritas en lenguaje de programación. Y la última fase, en la que se traduce el código fuente mediante compiladores, intérpretes, ensambladores u otros sistemas de traducción, y que resulta en los archivos ejecutables que se integran (por medios tangibles) o interconectan (por medio de su descarga e instalación) con el equipo informático.

Una vez instalados en el equipo informático pueden tener, a su vez, una función esencial para el funcionamiento del sistema (e.g., la actualización del sistema operativo de un teléfono móvil); o una función secundaria o complementaria, cuya inexistencia no impide que el sistema funcione (e.g., aplicaciones bancarias, redes sociales).

C. Situación vigente

I. Los programas informáticos como componentes de productos

El art. 136 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TR-LGDCU)⁶ define el producto como un bien mueble,⁷ incluso cuando

5 *J. Stapleton*, Software, Information and the Concept of Product, Tel Aviv University Studies of Law, 9, 1989, pp. 147 ss, p. 150; *J. Stapleton*, Product Liability, Londres: Butterworths, 1994, p. 333; *M. Gili Saldaña*, El producto sanitario defectuoso en Derecho español, Barcelona: Atelier, 2008, p. 190; *PA. de Miguel Asensio*, Derecho privado de Internet, 6ª ed., Navarra: Thomson, 2022, p. 205.

6 BOE núm. 287, de 30.II.2007.

7 Sobre el concepto de bien mueble, *LH. Clavería Gosálbez*, Art. 335 en: C. Paz-Ares Rodríguez *et al.* (dirs.), Comentario del Código Civil, I, Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, p. 931.

se encuentra incorporado a otro mueble o inmueble. El precepto incluye expresamente el gas y la electricidad.

En lo relativo al programa informático, algunas legislaciones lo han incluido expresamente (Estonia⁸), mientras que otras lo han excluido, precisamente por la exigencia de corporeidad de todo bien mueble.⁹ La doctrina tampoco sostiene una posición unánime. Un primer sector¹⁰ afirma que todos los programas informáticos deben ser considerados componentes de producto porque la Directiva 85/374 perseguía la reparación de los daños causados por productos fabricados en masa. Los programas informáticos lo son, salvo cuando se desarrollan de conformidad con las específicas exigencias de su destinatario.¹¹ Un segundo sector interpreta literalmente la Directiva 85/374, de modo que entiende que solamente el software integrado puede ser considerado un componente de producto.¹²

8 § 1063(1) *fine Võlaõigusseadus*: “[...] los programas informáticos también son considerados bienes muebles”.

9 Art. 6.42 de la *loi portant le livre 6 “La responsabilité extracontractuelle” du Code civil*, de 7 de febrero de 2024 (Bélgica), que prevé que son productos “los bienes muebles corporales” (*tout bien meuble corporel*); así como el § 4 de la *Produkthaftungsgesetz* austriaca (*Produkt ist jede bewegliche körperliche Sache*).

10 Véase G. Wagner, *Produkthaftung für autonome Systeme*, Archiv für civilistische Praxis, 217(6), 2017, pp. 707 ss, p. 719; T. Liivak, *Liability of a manufacturer of fully autonomous and connected vehicles under the Product Liability Directive*, International Comparative Justice, 4(2), 2018, pp. 178 ss, p. 181 y H. Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, T. III, 3ª ed., Viena: Jan Sramek, 2020, p. 453.

11 D. Fairgrieve et al., *Product Liability Directive en: P. Machnikowski (ed.), European Product Liability. An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Cambridge: Intersentia, 2016, pp. 17 ss, p. 17; JS. Borghetti, *How can Artificial Intelligence be Defective?* en: S. Lohsse et al. (dirs.), *Haftung für Künstliche Intelligenz und das Internet der Dinge*, Baden-Baden: Nomos, 2019, pp. 63 ss, p. 64; G. Wagner en: FJ. Säcker (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*, 8ª ed., Munich: C.H. Beck, 2020, § 2 Rn. 21. Este argumento también ha sido acogido por la jurisprudencia de los tribunales de Estados Unidos en *Halstead v. United States*, 535 F. Supp. 782, 791 (D. Conn. 1982) y *Salomey v. Jeppesen & Co.*, 707 F.2d 671, 676 (2d Cir. 1983).

12 MA. Hogg, *Liability for Unknown Risks: A Common Law Perspective*, Journal of European Tort Law, 7(2), 2016, pp. 1 ss, p. 11; S. Rockstroh y H. Kunkel, *IT Sicherheit in Produktionsumgebungen*, MMR Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, 2, 2017, pp. 77 ss, p. 82; G. Spindler, *User Liability and Strict Liability in the Internet of Things and for Robots* en: S. Lohsse et al. (dirs.), *Haftung für Künstliche Intelligenz und das Internet der Dinge*, Baden-Baden: Nomos, 2019, pp. 125 ss, p. 128. También en la doctrina y jurisprudencia norteamericanas, donde en algunos casos el *software* no integrado se ha excluido de la definición de producto, ya fuera por la falta de tangibilidad [*America Winter v. G.P. Putnam's Sons*, 938 F.2d 1033, 1036 (9th Cir. 1991); *Am. Online, Inc. v. St. Paul Mercury Ins.*, 207 F. Supp. 2d 459, 467 (E.D.

Finalmente, hay otro sector doctrinal que califica de arbitraria la distinción en función del soporte.¹³ Sus argumentos se basan en la STJUE C-128/11, de 3 de julio de 2012, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*,¹⁴ en la que se discutía si y en qué circunstancias la descarga de Internet de una copia de un programa de ordenador, autorizada por el titular de los derechos de autor, podía dar lugar al agotamiento del derecho de distribución en la UE de dicha copia conforme al art. 4.2 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.¹⁵ El TJUE declaró la irrelevancia del soporte:

§ 47. “[...] es indiferente [...] que la copia del programa [...] haya sido puesta a disposición del cliente [...] mediante la descarga de la página web de este o mediante un soporte material [...]. [L]a operación consistente en descargar desde este soporte una copia del programa de ordenador y la operación consistente en celebrar un contrato de licencia siguen siendo indisociables para el adquirente [...]. [I]gualmente, en el caso de la puesta a disposición de una copia del programa de ordenador controvertido mediante un soporte material, como puede ser un CD-ROM o un DVD, la transferencia del derecho de propiedad de tal copia”.

Además, en cuanto a la naturaleza del proceso económico implicado en la venta del programa informático, añadió:

§ 61. “[...] la venta de un programa de ordenador en CD-ROM o DVD y la venta de un programa de ordenador mediante descarga de Internet son similares. En efecto, la modalidad de transmisión en línea es el equivalente funcional de la entrega de un soporte material. [...]”.

La doctrina que defiende esta última tesis también se apoya en la STJUE C-219/11, de 22 de noviembre de 2012, *BioSemi*¹⁶ y en los arts. 2.4 II (que

Va. 2002) y *Torres v. City of Madera*, No. 09–16573, 2005 WL 1683736, 46–49 (E.D. Cal. 2005)], por su equiparación con los servicios profesionales [*MD. Scott, Tort Liability for Vendors of Insecure Software: Has the Time Finally Come?*, Maryland Law Review, 67(2), 2004, pp. 434 ss, p. 436], o porque, en general, los servicios no son productos [*La Rossa v. Sci. Design Co.*, 402 F.2d 937, 942 (3d Cir. 1968); *Lemley v. J & B Tire Co.*, 426 F. Supp. 1378, 1379 (W.D. Pa. 1977); *Snyder v. ISC Alloys*, 772 F. Supp. 244, 250 (W.D. Pa. 1991); y *Torres*].

13 *Wagner* (n. 11) Rn. 22.

14 ECLI:EU:C:2012:407.

15 DO L III, de 5.5.2009.

16 ECLI:EU:C:2012:742.

especifica que un programa informático también se considerará un producto sanitario) y 10.16 (que prevé la posibilidad de reclamación de indemnizaciones por daños y perjuicios causados por un producto defectuoso con arreglo al Derecho de la Unión o nacional aplicable) del Reglamento 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios.¹⁷ Según mi punto de vista estas normas no pueden utilizarse como un argumento *a fortiori* para la interpretación del régimen de responsabilidad por productos defectuosos, porque incluyen expresamente los programas informáticos en su ámbito de aplicación objetivo, a diferencia de la Directiva 85/374 y el TR-LGDCU, que guardan silencio sobre el particular. No son normas parecidas que permitan una aplicación analógica, por no existir identidad de razón.

Como se puede observar, el único punto en que los tres sectores doctrinales coinciden es que los programas informáticos integrados son siempre componentes de producto. Así pues, hay que ver cuándo y en qué condiciones la información (el programa informático interconectado) puede convertir en defectuoso al producto que le sirve de soporte. En definitiva, en qué casos podrá la información recibir el tratamiento de componente de producto. Ello sucederá cuando sea esencial para el funcionamiento del bien mueble que le sirve de soporte.

1. El principio de los elementos intrínsecos

Esta cuestión se planteó en la STJUE C-65/20, de 10 de junio de 2021, *VI c. Krone – Verlag Gesellschaft mbH & Co KG*,¹⁸ en que se discutía si la empresa editorial de un diario (*Krone – Verlag Gesellschaft*) podía ser responsable por un consejo de salud inexacto que había publicado un monje de una orden religiosa experto en remedios medicinales naturales y que había causado graves daños a una lectora que lo había seguido.

El TJUE sostiene que la información, por su intangibilidad e incorporeidad, no es un producto conforme a la definición de la Directiva 85/374 y, por lo tanto, es un servicio excluido de su ámbito de aplicación (§§ 27 y 32). Ahora bien, considera que debe examinarse si un consejo de salud (información) inexacto puede conferir el carácter defectuoso al periódico (bien mueble corporal que le sirve de soporte). Si la respuesta fuera afirma-

17 DO L 117, de 5.5.2017.

18 ECLI:EU:C:2021:471.

tiva, el defecto en la información convertiría en defectuoso el producto que constituye su soporte (como si fuera un componente intangible). Por otro lado, si fuera negativa, la víctima únicamente podría reclamar contra el prestador del servicio defectuoso (§ 41). Según el TJUE, como el consejo de salud litigioso no se refería a uno de los “elementos intrínsecos” del periódico, no era posible considerarlo defectuoso por la incorrección de la información que contenía.¹⁹

En síntesis, solamente si la información errónea forma parte de uno de los elementos clave (intrínsecos) del producto que constituye su soporte, entonces se puede considerar dicho producto es defectuoso.

2. El caso de los programas informáticos interconectados

El razonamiento de *Krone* es aplicable a este tipo de supuestos.²⁰ Por ejemplo, un teléfono móvil está compuesto por dos tipos de programas informáticos: el sistema operativo (Android, iOS, macOS) y las aplicaciones. El sistema operativo es esencial para que el teléfono móvil funcione; las aplicaciones, no.

El daño que una aplicación cause al usuario no convertirá al teléfono en defectuoso. En virtud del principio de los elementos intrínsecos, dichas aplicaciones no se refieren ni al uso ni a la presentación del producto en el que se instalan y, por ende, no le proporcionan funcionalidad alguna. Otro escenario bien distinto será si el sistema operativo (o, más bien, una de sus actualizaciones) es la causa del daño. Entonces, el sistema operativo sí convertirá al teléfono en defectuoso.²¹

II. Los programas informáticos como servicios

Por lo tanto, los programas informáticos que no son esenciales para el funcionamiento del dispositivo en el que se interconectan serán un servicio

19 Esta cuestión, antes de *Krone*, ya había sido objeto de análisis por la doctrina comparada que, sin decirlo expresamente, aplicaban este criterio. Véase *P. Varul et al., Võlaõigusseadus III. Kommenteeritud väljaanne*, Tallin: Juura, 2009, p. 706.

20 *L. Morlet-Haïdara, L'utilisation de l'intelligence artificielle en santé: contexte et focus sur l'engagement des responsabilités*, *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie*, 21, 2018, pp. 99 ss, p. 105.

21 *C. Twigg-Flesner, The Tale of the Grating Horseradish. Case Note on VI v KRONE-Verlag (C-65/20 VI)*, *Journal of European Consumer and Market Law*, 6, 2021, pp. 262 ss, p. 265.

y los daños que causen podrán ser reclamados bajo el régimen de responsabilidad por servicios defectuosos, propio del Derecho español.

1. Los orígenes de la responsabilidad por servicios defectuosos en España

La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y usuarios está reconocida en el art. 51.1 de la Constitución Española:

“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

En cumplimiento de este mandato, el legislador español aprobó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU), cuyo capítulo VIII regulaba un régimen de responsabilidad dual: el general, basado en la culpa presunta (art. 26 LGDCU) y el especial, para determinados servicios, basado en la responsabilidad objetiva (art. 28 LGDCU). Una confusa técnica legislativa trataba conjuntamente productos defectuosos y servicios y complicó la aplicación práctica de esas normas.²² Luego, se aprobó la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que habilitaba al Gobierno a refundir en un único texto la LGDCU y otras leyes. El resultado fue el vigente TR-LGDCU.

2. La responsabilidad por servicios defectuosos del TR-LGDCU

En el TR-LGDCU, el régimen de la responsabilidad por servicio se ha mantenido dividido en aquellos regímenes, en los arts. 147 y 148 TR-LGDCU, respectivamente. Este régimen podría resultar de aplicación a los programas informáticos. El sujeto responsable siempre es el prestador de servicios y quien está legitimado activamente para ejercitar la pretensión indemnizatoria debe ser “consumidor y usuario”.

Este régimen de responsabilidad no tiene por objeto resarcir al usuario por el incumplimiento parcial o total de la obligación contractual del pre-

22 A. Azparren Lucas, Art. 147 TR-LGDCU en: S. Cámara Lapuente (dir.), Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Madrid: Colex, 2011, pp. 1260 ss, p. 1261 y MA. Parra Lucán, Art. 147 TR-LGDCU en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 2067 ss, p. 2068.

stador del servicio (e.g., sustituir el líquido de frenos), si no es que dicho incumplimiento ha causado un daño a la salud o a la integridad física del usuario (e.g., que el vehículo no frene adecuadamente y se produzca un accidente). Esto es, el fundamento de la responsabilidad no es el incumplimiento del contrato, sino el daño personal que la inadecuada prestación del servicio (de reparación de vehículos) cause al consumidor.

a) El sujeto activo de la pretensión indemnizatoria: el “consumidor o usuario”

El “usuario” es un término sinónimo al de “consumidor”, solo que aquel es el término adecuado para referirse a los servicios, pues la ley los usa indistintamente. En todo caso, para ser más rigorista con el lenguaje, voy a emplear en lo sucesivo el concepto de usuario.

Ahora bien, el Libro Tercero (en el que se encuentran los arts. 147 y 148 TR-LGDCU) no nos define el concreto sujeto (el “consumidor o usuario”), de manera que tenemos que integrar esta laguna con las previsiones del art. 3.1 (según el cual es la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión) y el Considerando III 3 de la exposición de motivos del TR-LGDCU (según el cual también debe haber contratado los bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos a otro proceso de producción, comercialización o prestación de servicios). Es decir, solamente aquella persona que haya contratado directamente el servicio defectuoso podrá reclamar responsabilidad al proveedor de conformidad con el régimen de los arts. 147 y 148 TR-LGDCU.²³

b) Supuestos de hecho

El art. 148 I TR-LGDCU establece el régimen especial de responsabilidad aplicable a un conjunto de servicios que, por sus características o por disposición normativa, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad,

23 MA. Parra Lucán, Art. 147 en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 2067 ss, p. 2083. También la STS, 1ª, 29.3.2006 (ECLI:ES:TS:2006:2172).

hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Este artículo está plagado de conceptos jurídicos indeterminados: no se especifican los criterios de determinación de dichos niveles de eficacia o seguridad, ni tampoco qué grado de calidad es exigible.

El art. 148 II TR-LGDCU prevé un conjunto de supuestos que, en todo caso, estarán sometidos a este régimen: servicios sanitarios (e.g., alojamiento, traslados en ambulancia, condiciones de salubridad de las instalaciones, prevención de infecciones nosocomiales),²⁴ de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.

Si el servicio es subsumible en el art. 148 TR-LGDCU, la responsabilidad del prestador del servicio es por “el correcto uso de los servicios”. Es decir, puramente objetiva, a diferencia de lo que sucede en la responsabilidad por productos, en que la necesidad de acreditar el defecto del producto ha llevado a cuestionar que la responsabilidad sea, verdaderamente, una responsabilidad objetiva.²⁵

Ahora bien, cuando no lo sea, se aplicará el régimen general de responsabilidad establecido en el art. 147 TR-LGDCU que hace responsable al prestador del servicio, salvo que pruebe que ha cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio. Es decir, impone una responsabilidad por culpa presumida *iuris tantum*. Así pues, el usuario solo deberá probar el resto de los elementos de la pretensión: la acción u omisión (i.e., la prestación del servicio), el daño y la relación de causalidad. Por su parte, el prestador del servicio podrá exonerarse de responsabilidad si prueba su diligencia en un doble nivel: la exigible por el servicio concreto y la reglamentaria.

En síntesis, la responsabilidad por servicios, en España, no requiere que se acredite que su prestación fue defectuosa, incorrecta o inadecuada, pues ello se presumirá, ya sea *iuris tantum* (art. 147 TR-LGDCU), ya sea *iuris et de iure* (art. 148 TR-LGDCU).

24 Para la delimitación, TG. García-Micó, Robótica quirúrgica y derecho de daños, Madrid: Marcial Pons, 2024, pp. 189-190.

25 A. Azparren Lucas, Art. 148 TR-LGDCU en: S. Cámara Lapuente (dir.), Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Madrid: Colex, 2011, pp. 1269 ss, p. 1270.

D. La situación bajo la DPD

La DPD cambia drásticamente la concepción de la responsabilidad por producto, porque desdibuja la diferencia tradicional entre producto y servicio.

I. La información no es un producto

El código fuente nunca será producto porque carece de funcionalidad si no es traducido a otro lenguaje o a código binario (Considerando 13 DPD). La lectura conjunta del art. 4.1 y del Considerando 13 DPD permite concluir que se mantiene la exclusión de la información por su intangibilidad. Por tanto, es un servicio y, ello hace necesario incluir *expressis verbis* a los programas informáticos en el ámbito de aplicación de la DPD.

II. Los nuevos productos y componentes

1. Los programas informáticos

El art. 4.1 DPD incluye, sin matices, a todo programa informático en la definición de producto. En consecuencia, el programador será un productor de un producto acabado. De este modo, todo equipo informático estará compuesto por dos productos independientes: el dispositivo y los programas informáticos. El defecto de los programas informáticos no convertirá en defectuoso al dispositivo, ni permitirá al perjudicado dirigirse contra el productor de este último.

2. Los servicios conexos

a) Concepto y requisitos

La exclusión de los servicios hace imprescindible que determinadas realidades que serían más cercanas a estos que a los productos deban ser incluidos en el ámbito de aplicación de la DPD. Este es el caso de los denominados servicios conexos. El trasfondo de su incorporación como componentes en la DPD (art. 4.4) es su importancia en la configuración de las expectativas de seguridad del producto en que se integran. Así, según el Considerando 17 DPD:

“Aunque la presente Directiva no debe aplicarse a los servicios como tales, es necesario ampliar la responsabilidad objetiva a tales servicios digitales, ya que determinan la seguridad del producto tanto como los componentes físicos o digitales. Estos servicios conexos deben considerarse componentes del producto en el que estén integrados o al que están interconectados cuando están bajo el control del fabricante de dicho producto”.

La definición de los servicios conexos la hallamos en el art. 4.3 DPD:

“Un servicio digital que está integrado en un producto o interconectado con él, de tal manera que su ausencia impediría al producto realizar una o varias de sus funciones”.

Es una definición parecida (con la salvedad del inciso “integrado en un producto”) a la de los arts. 2.5 b) de la Directiva 2019/771 y 2.3 de la Directiva 2019/770. La clave es dotar de contenido el concepto de funcionalidad (“funciones”). Como la inclusión de este concreto tipo de servicios es una excepción a la regla general de la exclusión de los servicios del ámbito de aplicación del Derecho de la responsabilidad por productos defectuosos, la interpretación de qué servicios son conexos debe ser restrictiva.²⁶

Si acogiéramos una interpretación literal del art. 4.3 DPD, el concepto de “funciones” presenta una laguna que afectaría, seguramente, a su aplicación práctica: determinar cuáles son las funciones de un dispositivo. Por ejemplo, en el caso de los teléfonos, antaño esta respuesta era sencilla: llamar por teléfono o mandar un mensaje de texto. Las funciones de un teléfono inteligente son las mismas que las de los teléfonos del pasado, pero más dudoso es si también lo son el acceso a redes sociales, o poder jugar a un juego, o tener las aplicaciones del banco. Si el fallo afecta a una de estas segundas aplicaciones, entonces la dificultad que se encontrarían los juzgados y tribunales sería determinar si son o no servicios conexos. Si no lo son la responsabilidad recaerá, exclusivamente, en el programador.

Por ello mi posición se basa en atender al espíritu de la DPD: la norma tiene por objeto los productos, por lo que cualquier inclusión de un servicio debe ser hecha con moderación e interpretada restrictivamente.

26 Como también lo ha sido en las Directivas 2019/771 y 2019/770, en que se destaca también la esencialidad del servicio digital, que supedita la funcionalidad del bien en que se integra o interconecta. *L. Arnau Raventós*, Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?, *Revista de Educación y Derecho*, 24, 2021, pp. 1 ss, p. 9.

Además, es preciso leer el art. 4.3 con el Considerando 17 DPD, que proporciona varios ejemplos de servicios conexos:

“[...] suministro continuo de datos de tráfico en un sistema de navegación, el servicio de vigilancia de la salud que se basa en sensores de un producto físico para rastrear la actividad física o los parámetros de salud del usuario, el servicio de control de temperatura que supervisa y regula la temperatura de un frigorífico inteligente, o un servicio de asistente de voz que permite controlar uno o más productos utilizando comandos de voz”.

Así, la información errónea sobre cómo llegar al destino que provoque que el conductor circule por una carretera en contradirección y, en consecuencia, sufra un accidente será un servicio conexo porque afecta a la función principal del GPS y a su seguridad. Por tanto, el componente (el servicio conexo defectuoso) convertirá al producto (el GPS) en defectuoso y ello permitirá al perjudicado a dirigirse contra el fabricante del GPS (art. 8.1 II DPD), siempre y cuando, dicho servicio conexo defectuoso esté bajo el control del fabricante.

En este sentido, los únicos programas informáticos que deben ser tratados como servicios conexos y, por ende, como componentes, son aquellos que tengan una función principal para la seguridad del dispositivo. La inclusión de los servicios conexos demuestra que el legislador europeo también ha incluido el principio de los elementos intrínsecos de la STJUE *Krone*²⁷ aunque convenientemente matizado para evitar la difícil tarea de determinar qué es esencial. Así, la esencialidad de la función para la utilidad del dispositivo (criterio *Krone*) se sustituye por la esencialidad de la función para la seguridad del dispositivo (criterio DPD).

Así, si el concreto programa informático no afecta en nada a la seguridad del dispositivo, el fabricante de este último no será responsable por el defecto en la aplicación, que no será un componente; sino un producto como tal cuyo único responsable será el programador.

27 G. Spindler, Die Vorschläge der EU-Kommission zu einer neuen Produkthaftung und zur Haftung von Herstellern und Betreibern Künstlicher Intelligenz, Computer Recht, 11, 2022, pp. 689 ss, pp. 690-691; G. Wagner, Liability Rules for the Digital Age, Journal of European Tort Law, 13(3), 2022, pp. 191 ss, p. 203.

b) El control del fabricante

Como hemos visto, la DPD exige dos requisitos para que un programa informático pueda ser considerado un servicio conexo y, por ende, un componente intangible del dispositivo con el que se interconecta: la esencialidad para la seguridad y el control del fabricante.

El control del fabricante está definido en el art. 4.5) DPD:

- “a) acción del fabricante de un producto mediante la que realiza o, con respecto a las acciones de un tercero, autoriza o consiente en:
 - i) la integración, interconexión o suministro de un componente, incluidas las actualizaciones o mejoras de los programas informáticos; o
 - ii) la modificación del producto, incluidas las modificaciones sustanciales;
- b) capacidad del fabricante de un producto de suministrar actualizaciones o mejoras de programas informáticos por sí mismo o a través de un tercero”.

Cuando el programa informático está en la versión de fábrica, el productor del dispositivo asume el riesgo de que el defecto en el servicio conexo le haga responsable, y esto es evidente de la lectura del art. 4.5) i) y del Considerando 18 DPD. También lo será si obliga a los usuarios a descargar una aplicación determinada (Considerando 50 DPD).

Más dudoso es si se puede responsabilizar al productor del dispositivo por una aplicación que se puede descargar de la tienda de aplicaciones oficial del dispositivo (Google Play, por ejemplo). Es decir, si se puede considerar que ese servicio conexo está bajo el control del fabricante por el hecho de que este último no haya impedido la descarga e instalación y, en conclusión, la haya tolerado. La respuesta negativa nos la da el Considerando 18 de la DPD.

“[...] No debe considerarse que un fabricante haya dado su consentimiento a la integración o interconexión simplemente por prever la posibilidad técnica de la integración o interconexión, por recomendar determinadas marcas o por no prohibir tales servicios conexos o componentes”.

Es decir, tener la posibilidad de descargar la aplicación no es suficiente como para considerar que ese servicio digital está bajo el control del fabricante. Es necesario algo más que la mera tolerancia o aquiescencia:

es imprescindible que, *a priori*, el productor del dispositivo no admita la interconexión de dicho servicio digital y que la autorice de manera expresa.

3. El nuevo régimen no beneficia a los usuarios españoles

Se podría decir que la inclusión de los programas informáticos en la DPD es beneficioso para los consumidores, pero, en realidad, no es así, al menos en España: la responsabilidad por servicio defectuoso no requerirá nunca de la prueba del defecto del servicio, porque la responsabilidad se impondrá aun cuando haya funcionado correctamente (art. 148 TR-LGDCU) o se presumirá *iuris tantum* (art. 147 TR-LGDCU). Por otro lado, el régimen de la DPD exige en todo caso la prueba del defecto del producto que es, precisamente, el mayor obstáculo para que los consumidores sean indemnizados. Efectivamente, según datos de la Comisión Europea, el 53% de todas las demandas que se desestiman lo son por falta de acreditación del defecto o de la relación de causalidad entre el defecto y el daño.²⁸

E. La compatibilidad de la responsabilidad por servicio defectuoso con la DPD

Una última cuestión a la que se debe dar respuesta es si el régimen actual de responsabilidad por servicio defectuoso que resultaría de aplicación al programador de software será compatible con el nuevo régimen resultante de la DPD.

El art. 2.4 b) y c) DPD establece que la DPD no afecta a los derechos que la persona perjudicada tenga en virtud de las normas nacionales en materia de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual por motivos distintos del carácter defectuoso de un producto ni a los derechos que la persona perjudicada tenga con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existente el 30 de julio de 1985.

28 *Comisión Europea*, Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective product, SWD(2018) 157 final, p. 25.

I. La responsabilidad por servicio defectuoso no es un régimen especial de responsabilidad existente el 30 de julio de 1985

Como hemos visto, el régimen español de responsabilidad por servicios defectuosos tiene su origen en la LGDCU de 1984. Es, por tanto, un régimen previo a la entrada en vigor de la Directiva 85/374. Ahora bien, ello no es suficiente para mantener dicho régimen de responsabilidad por culpa presunta.

En tres sentencias, el TJUE ha interpretado este inciso del art. 13 de la Directiva 85/374 (correlativo del actual art. 2.4 c) DPD). En todas ellas, se dice que no basta solo el elemento temporal, sino también uno objetivo: que se trate de un régimen aplicable a un concreto sector de producción.²⁹ En concreto, y como dice el tercer inciso del Considerando 13 de la Directiva 85/374:

“[...] que, en tanto que en un Estado miembro se haya logrado también la protección eficaz del consumidor en el sector de los productos farmacéuticos a través de un régimen especial de responsabilidad, deberían seguir siendo igualmente posibles las reclamaciones basadas en dicho régimen”.

Un régimen de responsabilidad que establezca, por el contrario, la responsabilidad en los términos que establezca la Directiva 85/374, pero sin limitarlo a un concreto sector de producción sí que será contrario al Derecho de la Unión.³⁰

II. La responsabilidad por servicio defectuoso no es un régimen de responsabilidad contractual o extracontractual por motivos distintos del carácter defectuoso de un producto

En los casos en que el TJUE ha aplicado este supuesto contemplado también por el art. 13 de la Directiva 85/374, lo ha hecho porque el régimen jurídico de que se trataba no estaba incluido en el ámbito armonizador de

29 SsTJCE C-52/00, de 25 de abril de 2002, *Comisión c. Francia* (ECLI:EU:C:2002:252, § 23); C-154/00, de 25 de abril de 2002, *Comisión c. Grecia* (ECLI:EU:C:2002:254, § 19) y C-183/00, de 25 de abril de 2002, *Medicina Asturiana* (ECLI:EU:C:2002:255, § 32).

30 STJCE *Medicina Asturiana* (§ 33).

la Directiva 85/374: responsabilidad por daños causados a cosas destinadas y usadas con un fin profesional,³¹ o la asunción sin restricciones por parte del proveedor de la responsabilidad culpable del productor.³²

Conviene detenernos en el estudio de una reforma posterior al 30 de julio de 1985 del régimen de responsabilidad por medicamentos defectuosos contenido en la *Arzneimittelgesetz* de 1976 y que concedía a los consumidores el derecho a obtener información sobre los efectos secundarios de un producto. La STJUE C-310/13, de 20 de noviembre de 2014, *Novo Nordisk*³³ consideró que este derecho, considerado en abstracto, no estaba afectado por el ámbito de armonización máxima de la Directiva 85/374 y podría subsumirse en el art. 13 de la Directiva 85/374, porque solamente “puede ayudar a éste a aportar las pruebas necesarias para poder exigir la responsabilidad del productor” (§§ 25 y 27).

III. La incompatibilidad de la aplicación del régimen de responsabilidad por servicio defectuoso al programador

La STJUE C-621/15, de 21 de junio de 2017, *Sanofi*³⁴ explicitó que estaban prohibidas las presunciones que dieran por probada “directa y automáticamente la existencia de un defecto del producto” (§ 36). Por este motivo, la STJUE *Novo Nordisk* consideró que la reforma de la *Arzneimittelgesetz* alemana era conforme a la Directiva 85/374 porque “no supone una reversión [*rectius*, inversión] de la carga de la prueba que incumbe al perjudicado” (§ 28).

Ahora bien, el régimen español de responsabilidad por servicios defectuosos presume la culpa como presupuesto general e invierte la carga de la prueba de este presupuesto, de manera que el programador deberá acreditar su diligencia. Esta presunción atenta frontalmente contra el art. 10 DPD. Por lo tanto, con la entrada en vigor de la DPD, dicho régimen no será aplicable a los programadores de programas informáticos, ya que estos estarán ya incluidos en el ámbito armonizado de la responsabilidad por productos defectuosos.

31 STJCE C-285/08, de 4 de junio de 2009, *Leroy* (ECLI:EU:C:2009:351, §§ 27 y 28).

32 STJCE C-402/03, de 10 de enero de 2006, *Skov y Bilka* (ECLI:EU:C:2006:6, § 48).

33 ECLI:EU:C:2014:2385.

34 ECLI:EU:C:2017:484.

F. Reflexiones finales

España cuenta con un régimen de responsabilidad por servicio defectuoso que coexiste con la responsabilidad por producto defectuoso y que cubre los supuestos de daños que van más allá de la esfera de una inconforme prestación de un servicio en términos contractuales. Las reglas de responsabilidad por servicio defectuoso son verdaderamente favorables para el usuario, pues la regla general es la de la culpa presunta.

En el régimen de la Directiva 85/374 no todo programa informático es componente de producto. Lo será siempre el que esté integrado a un dispositivo mediante mecanismos tangibles, como un chip; pero no lo será el software no integrado, si bien podrá recibir dicho tratamiento si es esencial para su funcionamiento.

En el régimen de la DPD los servicios (y la información) siguen excluidos de su ámbito de aplicación. Ahora bien, el legislador de la Unión ha incluido expresamente a los programas informáticos en la definición de productos. Por ello, los programadores de los archivos ejecutables serán productores en los términos de la DPD. A su vez, un programa informático también podrá ser componente (y, por tanto, convertir al producto final en que se integre en defectuoso) si es un servicio conexo bajo el control del fabricante, es decir, si es esencial para la configuración de las expectativas de seguridad del producto en que se integra o con el que se interconecta.