

Máster Universitario en Derecho de las
Telecomunicaciones, Protección de Datos, Audiovisual y
Sociedad de la Información
2018-2019

Trabajo Fin de Máster

**“La protección frente al uso de
patrones oscuros en la Experiencia
de Usuario en la Unión Europea”**

María Varela Suárez

Tutora

María Nieves de la Serna Bilbao

Madrid, 13 de febrero de 2020

RESUMEN

Muchas de las circunstancias en las que los usuarios de Internet se exponen a riesgos son ignoradas. Este es el caso de los patrones oscuros. Esto es, todas aquellas tácticas utilizadas por los diseñadores de páginas web que, mediante la explotación de diferentes sesgos, tienen como objetivo incrementar sus beneficios u obtener determinados resultados.

En la actualidad, los patrones oscuros están siendo cuestionados por los consultores de experiencia de usuario. Este debate, normalmente, se centra en las cuestiones éticas. ¿En qué medida es posible justificar convertir a los individuos en un medio para un fin?

El presente informe analizará, desde el punto de vista jurídico, el régimen de estas técnicas y su adecuación a la legalidad vigente. Especialmente, este análisis se efectuará a la luz del Derecho de la Unión Europea.

Palabras clave: patrones oscuros, Derecho europeo, régimen jurídico.

ABSTRACT

Many of the circumstances in which Internet users are exposed to risks are ignored by them. This is the case of dark patterns. That is, all those tactics used by web designers who aim to increase their profits or obtain certain results, by exploiting different biases.

Currently, dark patterns are being questioned by UX Consultants. This debate, commonly, is focused on ethical issues. To what extent it will be possible to justify turning individuals into a mean to an end?

This report will analyze the legal framework of these techniques and their compliance with the prevailing law. Especially, the analysis will be carried out in the light of the European Union Law.

Palabras clave: dark patterns, European Law, legal framework.

“When the world changes, and the kind of power that we have to deal with changes as well, we need to be willing to take action, to keep our defences up to date. So we can still live securely, in the shadow of that power”.

Margaret Vestager, Conferencia '*Digital power at the service of humanity*'; 29 de noviembre 2019.

LISTA DE ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

AGCM – Autorità garante della Concorrenza e del Mercato

CMA – Competition and Markets Authority

CNIL – Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés

DDC – Directiva 2011/38/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores

DMIP – Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores.

DPCD – Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior

DPEPC – Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 , sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

EDPB – European Data Protection Board

EDPS – European Data Protection Supervisor

MUE – Mercado Único Europeo

MUD – Mercado Único Digital

RGPD – Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE

TFUE – Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE – Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE – Unión Europea

UX – Experiencia de Usuario

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS	3
1. INTRODUCCIÓN	6
2. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS	7
2.1. EXPERIENCIA DE USUARIO	7
2.2. PATRONES OSCUROS	8
2.2.1. PATRONES QUE BUSCAN LA ASIMETRÍA EN EL DISEÑO	8
2.2.2. PATRONES DE ENCUBRIMIENTO	9
2.2.3. PATRONES QUE GENERAN ENGAÑO	10
2.2.4. PATRONES QUE CREAN RESTRICCIONES	10
2.2.5. PATRONES DE OBSTRUCCIÓN	11
2.2.6. PATRONES QUE EXPLOTAN SESGOS COGNITIVOS	11
3. ÁMBITO DEL INFORME	14
3.1. ÁMBITO TERRITORIAL DEL INFORME: EL MERCADO ÚNICO DIGITAL	14
3.2. ALCANCE MATERIAL DE LOS PATRONES OSCUROS	16
4. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE	17
4.1. IMPACTO SOBRE LAS PERSONAS FÍSICAS	17
4.1.1. PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES	17
4.1.2. PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES, ENGAÑOSAS Y AGRESIVAS	20
4.1.2.1. Evaluación de la lealtad de las prácticas comerciales	21
4.1.3. LA NUEVA ECONOMÍA DE DATOS	25
4.1.3.1. Privacidad desde el diseño y por defecto	25
4.1.3.2. Principios de lealtad y transparencia	26
4.1.3.3. Principios de minimización de datos y limitación de tratamientos	26
4.1.3.4. Licitud del tratamiento y bases de legitimación	27
4.1.3.5. Los patrones oscuros a la luz del RGPD	28
4.2. IMPACTO SOBRE EL MERCADO.	30
4.2.1. PUBLICIDAD	30
4.2.1.1. Concepto de publicidad en la Unión Europea	30
4.2.1.2. Publicidad engañosa	31
4.2.1.3. La publicidad en el comercio electrónico	32
4.2.2. DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA	33
4.2.2.1. Competencia y privacidad	34
4.2.2.2. Competencia y publicidad	35
4.2.2.3. Defensa de la competencia y derecho de los consumidores	36
5. CONCLUSIONES	37

6. BIBLIOGRAFÍA	38
ARTÍCULOS, LIBROS Y PUBLICACIONES	38
DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS	39
INFORMES, CONFERENCIAS Y OTROS	39
RESOLUCIONES Y DECISIONES ADMINISTRATIVAS	41
7. JURISPRUDENCIA	42
JURISPRUDENCIA DEL TJUE	42
OTROS	43
ANEXO I. EJEMPLOS DE PATRONES OSCUROS	44
ANEXO II. CUADRO RESUMEN DE CONCLUSIONES	45

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente la sociedad vive en una realidad permanentemente cambiante gracias a los avances tecnológicos. Con frecuencia, lo que hace poco era una novedad deviene obsoleto en un intervalo de tiempo muy corto e incluso los hábitos diarios sociales se renuevan al ir incorporando esos progresos técnicos. Aunque la mayoría de estos avances se producen con la intención y finalidad de hacer la vida más cómoda, de innovar y de prosperar como sociedad, en la práctica han venido acompañados del crecimiento y aparición de nuevos riesgos.

En relación con esta premisa, la preocupación que puede aparecer en primer lugar y que hoy en día es objeto de especial alerta y atención, es el incremento de los ciberataques; que no sólo son cada vez más frecuentes, sino también más sofisticados. La explotación de vulnerabilidades en los sistemas se ha convertido en una auténtica actividad económica (v.gr. el famoso *ransomware*).

Pero, además de los riesgos conocidos, las nuevas tecnologías han traído la aparición de otros que en ocasiones son ignorados por gran parte de la sociedad. Así lo ha evidenciado el popular caso *Cambridge Analytica*. Este suceso, que supuso un antes y un después en la importancia de los datos personales, permitió conocer a la sociedad el riesgo, hasta ese momento generalmente desconocido, que presenta compartir momentos, ideas, información, etc. en Internet. Aunque fue un suceso trágico, la revelación del caso posibilitó la toma de conciencia social de la trascendencia de la privacidad; y ello en todos los niveles: tanto a nivel legislativo –teniendo en cuenta que los poderes públicos se vieron abocados a dotar a los ordenamientos de normativas más rígidas para la prevención de estas conductas–, como individual.

En cualquier caso, las circunstancias en las que los usuarios de Internet se exponen a riesgos no se circunscriben sólo a los ejemplos mencionados, sino que muchos de ellos continúan siendo ignorados. Este es el caso del tema del presente informe: *los patrones oscuros*. Esta expresión, como más adelante se explicará con mayor profundidad, se refiere a todas aquellas tácticas utilizadas por los diseñadores de páginas web que, mediante la explotación de diferentes sesgos, tienen como objetivo incrementar sus beneficios u obtener determinados resultados.

Los patrones oscuros exhiben diferentes formas. En ocasiones, pueden estar presentes en la letra pequeña de la web a sabiendas de que el usuario la ignorará (v.gr. *costes adicionales que encarecerán el precio final del producto*); pero también pueden manifestarse en frases llamativas tendentes a presionar al lector [v.gr. “*¡Date prisa, sólo queda 1 artículo como este!*”; “*Si compras ya, puedes beneficiarte de (un descuento, recibirlo hoy y no en 7 días, etc.)*”; “*Otras diez personas están viendo este producto. Sólo tenemos dos unidades en stock*”].

En las siguientes páginas se abordará la situación legal de los patrones oscuros; avanzando que, en la mayoría de los casos, la intención y/o el resultado de los mismos se centra en dos objetivos principales que pueden colisionar con la legalidad: (1) explotar los sesgos cognitivos de las personas para que realicen acciones que no deseaban; o (2) obtener resultados favorables mediante la distorsión del mercado.

2. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS

2.1. Experiencia de usuario

La expresión “experiencia de usuario” (popularmente conocida como “UX”) se refiere de manera amplia al proceso que lleva al usuario a interactuar con un producto o servicio en las páginas webs. Es un concepto que nace en el ámbito del marketing digital y cuyo origen reside en otro fenómeno tradicional: la experiencia de marca.¹

Como se desprende de la definición, el elemento y el objetivo esencial del UX es la interacción pero, junto a ello, existe otro fin, que es el de generar una opinión o una percepción en el usuario.² Las claves del UX fueron apuntadas por el arquitecto informático, Peter Morville;³ señalando las siguientes: utilidad, deseabilidad, accesibilidad, valía, usabilidad, credibilidad y facilidad de encontrar. Además, a la hora de elaborar la experiencia de usuario, se tienen en cuenta diferentes factores; algunos ligados al producto (usabilidad, diseño y accesibilidad), y otros al usuario (emociones, contexto y expectativas).

Entender la trascendencia y las metas del UX es clave. La intención de las conductas en Derecho juega un papel decisivo en casi todos los ámbitos, ya que sirve para apreciar la existencia de elementos de responsabilidad tales como el dolo o la culpa. En este sentido, la presencia de una voluntad es determinante de las consecuencias jurídicas. A modo ilustrativo, puede ocurrir que exista una transferencia ilícita de datos; pero su reprochabilidad dependerá de si ha sido intencionada (por ejemplo, porque se produce por una venta) o no (por ejemplo, por una brecha de seguridad).

La introducción de patrones oscuros obedece a técnicas de experiencia de usuario. Su implementación y diseño han sido pensados y cuidados para alcanzar ciertos fines que, en la práctica, aunque son métodos comerciales modernos, no se alejan de los objetivos del marketing tradicional y todos ellos persiguen lo mismo: satisfacer necesidades de la sociedad y/o crearlas.

La pretensión de obtener beneficios y el marketing en general no es negativo. Sin duda, también los consumidores pueden verse beneficiados de esta oportunidad al descubrir nuevos productos o servicios. El problema surge cuando se utilizan técnicas que pretenden aprovecharse de aspectos psicológicos o de cualquier otra índole, para poder obtener la rentabilidad deseada. En este sentido, es imprescindible destacar que, en ocasiones, el abuso de estas prácticas puede llegar incluso a ocasionar un vicio en el consentimiento del usuario; lo cual es objeto de recriminación en casi todos los ordenamientos jurídicos.

¹ 40defiebre (s.f.) *¿Qué es la experiencia de usuario?* Último acceso: 1 de noviembre de 2019. <https://www.40defiebre.com/que-es/experiencia-usuario>.

² Digival. (s.f.) *Experiencia de Usuario (UX): concepto y factores influyentes*. Último acceso: 2019 de noviembre de 1. <https://www.digival.es/blog/experiencia-de-usuario-ux-concepto-y-factores/>.

³ *Ibid.* Digival (s.f.).

2.2. Patrones oscuros

El neologismo “patrones oscuros” (*dark patterns*) es una expresión que fue acuñada por el consultor de experiencia de usuario Harry Brignull. Con ello, se refería a todas aquellas tácticas empleadas deliberadamente por los diseñadores web con el objetivo principal de engañar al usuario para que realice acciones indeseadas o que, de no haber mediado el patrón o haber tenido la información adecuada, no hubieran efectuado.

Cuando Brignull advirtió sobre esta situación en 2010, señaló que existían 7 tipos de patrones oscuros.⁴ Un estudio posterior realizado por la Universidad de Princeton⁵ (en adelante, “la investigación”) analizó un total de 53.000 páginas, descubriendo más de 1.818 ejemplos de patrones. Ello es lógico, dado que en la última década los avances informáticos han sido notables y, a su vez, la experiencia de usuario ha ido cobrando mayor protagonismo en las estrategias comerciales.

La investigación apuntó que los patrones pueden clasificarse en las siguientes categorías, según sus intenciones, diseño o efectos: (i) asimetría; (ii) tendencia al engaño; (iii) encubrimiento; (iv) ocultaciones; y (v) restricciones. Dado el elevado número de patrones que existen hoy, se aprovecharán estas notas para formar bloques en los que englobar el mayor número de ellos. Asimismo, para reforzar la comprensión del funcionamiento de estas técnicas, se acompaña el [Anexo I](#) con diversos ejemplos.

Finalmente, resulta interesante comentar algunas de las conclusiones de Princeton: (i) la inclusión de patrones oscuros es una tendencia en auge y se extiende a interfaces distintas de las páginas webs (*v.gr.* aplicaciones móviles, videojuegos, etc.); y (ii) que, al contrario de lo que cabe imaginar, cuanto mayor es la popularidad de la página en cuestión (siguiendo los rankings Alexa), el uso y cantidad de éstos aumenta.

2.2.1. Patrones que buscan la asimetría en el diseño

Bajo la agrupación de **asimetría** se engloban los patrones que presentan las opciones al usuario de forma desigual. La asimetría está presente en muchos de los patrones que analizaremos más adelante, pero a modo ilustrativo se pueden enunciar:

EASE (*comodidad*) es un patrón acuñado por el Consejo Nacional de Consumo noruego (*Forbrukerrådet*)⁶ consistente en conseguir los resultados aplicándolos como la configuración por defecto, sabiendo que en muchos casos los usuarios no lo cambiarán por “comodidad”. Uno de los ejemplos paradigmáticos es el de la página que otorga protagonismo a la opción de ‘*aceptar cookies*’, en contraposición de la posibilidad –a veces ausente– de rechazarlas; si bien puede presentar diversas formas.

⁴ Brignull, H. ‘Types of Dark Pattern’. Disponible en: <https://www.darkpatterns.org/types-of-dark-pattern>. Acceso el 30 de septiembre de 2019.

⁵ Mathur, Arunesh, Gunes Acar, Michael J. Firedman, Elena Lucherini, Jonathan Mayer, Marshini Chetty, and Arvind Narayanan. 2019. “Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites.” *Proc. ACM Hum.-Comput. Interact*, Vol. 3, Article 81, Noviembre.

⁶ Forbrukerrådet. 2018. “Deceived by design: how tech companies use dark patterns to discourage us from exercising our rights to privacy”. pp. 19 *et seq.*

2.2.2. Patrones de encubrimiento

Los patrones de encubrimiento buscan camuflar algunas compras o acciones adicionales dentro de la decisión inicial del consumidor o usuario. También pueden optar por prescindir de informar sobre ciertos aspectos inherentes a la acción, bien hasta el último paso de la compra o bien de forma definitiva. En suma, son aquellos que ocultan el fin pretendido. Entre ellos, se destacan:

HIDDEN COSTS (*costes ocultos*), es aquella situación en la que el usuario descubre nuevos costes inesperados (*p.e.* impuestos, gastos de envío, etc.). Ello se puede hacer introduciendo los costes a medida que el consumidor va avanzando en el proceso de compra, lo cual contribuye a que no sea reacio desde el inicio a pagarlos. Es probable que de haber visto el precio cerrado al buscar el bien o servicio que quería contratar, se hubiera planteado no hacerlo o hacerlo a través de otros bienes o servicios sustitutivos. Cuando se encuentra con esta información después de haber invertido una cantidad de tiempo considerable en la compra, posiblemente se resignará a pagarlos.⁷

DISGUISED ADS (*anuncios disfrazados*), como su nombre indica, son patrones de diseño que pretenden encubrir los anuncios, al camuflarlos con los propios contenidos del portal web en el que el usuario se encuentra. De esta forma, el diseñador pretende que se acceda a ellos con mayor frecuencia.⁸

FRIEND SPAM (*correo amigo no solicitado*) es aquel en el que se solicita al usuario o consumidor que facilite su cuenta de correo o red social a cambio de un resultado beneficioso para él (por ejemplo, una red social que lo solicita para encontrar amigos entre sus contactos), pero luego resulta que se emplean con otra finalidad totalmente distinta (*p.e.* enviar a esos contactos un mensaje no deseado en su nombre).⁹

SAFETY BLACKMAIL (*chantaje seguro*) consistente en solicitar información adicional a la estrictamente necesaria al usuario en situaciones en las que se encuentra bajo presión o sin tiempo para meditar el requerimiento.¹⁰ Así, por ejemplo, solicitando cuentas de correo o números personales para reestablecer la contraseña.

⁷ Este patrón es empleado, a modo ejemplificativo, por las compañías de vuelo y por otros intermediarios que ofrecen comparadores de precio, como Skyscanner o Jetradar. Se puede encontrar más información en el artículo Atkin, Jane. 23. *Buyer beware: the hidden costs of budget air travel*, 23 de diciembre de 2013. Último acceso: 2019 de noviembre de 9. <https://www.lonelyplanet.com/articles/buyer-beware-the-hidden-costs-of-budget-air-travel>.

⁸ Es una técnica frecuentemente empleada en las páginas de descargas. Hace un tiempo, una de las más famosas por emplear estas técnicas era el portal llamado Softonic. En él, era muy difícil apreciar la diferencia entre el botón de descarga del Software que el usuario pretendía descargarse de aquellos otros que contenían otro programa informático totalmente muy distinto.

⁹ Este es el caso de la red social LinkedIn, que fue sancionada por los tribunales americanos con una multa de 13 millones de dólares en 2014. La red enviaba correos automáticamente a los contactos de sus miembros indicando "*Me gustaría añadirte a mi red social*". En el caso de que el receptor no aceptase, continuaba enviándolo hasta que el usuario accediese. Este supuesto fue juzgado por la Corte del Distrito de Carolina del Norte, División de San José, de 12 de junio de 2014, en el caso *Paul Perkins et al. vs. LinkedIn Corporation*, núm. 13-CV-04303-LHK. Accesible en: <https://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/california/candce/5:2013cv04303/270092/47>.

¹⁰ Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), (2019) 'Shaping Choices in the Digital World: From dark patterns to data protection: the influence of UX/UI design on user empowerment', *IP Reports: Innovation and Foresight*, núm. 6, París, p. 28.

2.2.3. Patrones que generan engaño

En este apartado se incluyen todos aquellos patrones que se caracterizan porque el propio diseño induce a engaño, ya sea por introducir información falsa o por omitir datos relevantes.¹¹

SNEAK INTO BASKET (*colar en la cesta*), consiste en que un usuario que pretende comprar algo vaya añadiendo *ítems* adicionales a su cesta a lo largo del proceso de compra, a menudo mediante técnicas como son las casillas premarcadas y discretas en páginas o pasos de compra anteriores.

BAIT AND SWITCH (*señuelo y cambio*), también conocido como **WRONG SIGNAL**,¹² es un patrón consistente en usar un icono o gráfico universalmente asociado a un significado y que en la práctica realiza la acción contraria u otra completamente distinta a la esperada, induciendo a error al usuario.

COUNTDOWN TIMER (*temporizador regresivo*) es uno de los patrones más utilizados en la actualidad. En esencia, se trata de introducir marcadores de cuenta atrás para incentivar la compra rápida e impulsiva.¹³ La investigación pone de manifiesto que, en la mayoría de los casos, la expiración del contador no afecta a la vigencia de la oferta; por lo tanto, se tratan de señuelos falsos.

JUST BETWEEN YOU AND US (*sólo entre nosotros*) es el nombre que reciben aquellas técnicas consistentes en recabar más datos de los necesarios para la actividad con la promesa al titular de que permanecerán “invisibles” y bajo su control.

IMPROVING THE EXPERIENCE (*mejorar la experiencia*) es una táctica similar a la anterior. Se anima al consumidor o usuario a compartir más información de la necesaria con el propósito de mejorar su experiencia y ofrecerle una mayor personalización del servicio. Es un patrón muy recurrente para la instalación de *cookies* en los terminales.

2.2.4. Patrones que crean restricciones

Algunos de los patrones se aprovechan de restringir las opciones de los consumidores y usuarios para poder obtener el resultado deseado. Así ocurre, por ejemplo, con el patrón **HARD TO CANCEL** (*difícil de cancelar*) en los casos en los que la propia página web obstaculiza u oculta la opción de darse de baja de una suscripción o de la cuenta. Además, existen otros como aquellos en los que la única vía de registro es el acceso mediante otra red social para obtener más datos e información de la persona.

¹¹ Ello puede ocurrir cuando se anuncia un descuento específico para un uso limitado (por ejemplo, “en la primera sesión” y que, en realidad, siga existiendo tras ella porque en la práctica no existe tal descuento o es independiente del momento en el que se utilice).

¹² CNIL (2019), p. 28.

¹³ En algunos portales como Justfab.com se emplea el uso de contadores que, en principio, indican al usuario el tiempo restante para obtener un beneficio (descuentos, ventas de última hora, etc.).

2.2.5. Patrones de obstrucción

Los patrones de obstrucción son aquellos que engloban tácticas de diseño web que crean la sensación de que una acción es demasiado difícil de realizar, con el propósito de disuadir al usuario de realizarla.¹⁴ Algunos son los siguientes:

FORCED CONTINUITY (*continuidad forzada*) se puede explicar con el siguiente ejemplo: el usuario se registra en un periodo de prueba gratuito y la página le requiere sus datos bancarios. Una vez que el periodo finaliza, la cuota o la suscripción es cargada directamente a la cuenta del usuario.

Esta acción se diseña con el fin de evitar el propio abuso de los usuarios; *i.e.* que con la creación de sucesivas cuentas de prueba gratuitas eludan contratar el servicio. Este fin legítimo, se vuelve oscuro en los casos en los que la interacción para el usuario tenga un componente malicioso (*p.e.* por no figurar ninguna opción de baja, la falta de avisos del fin del periodo de prueba, etc.).

FORCED ACTION (*acción forzada*) o **captive audience** o **The Milk Factor**, muy similar al anterior, consiste en obligar al individuo a realizar una acción específica para acceder a una funcionalidad.¹⁵

COMPARISON PREVENTION (*prevención de comparación*) también denominado *comparison obfuscation*,¹⁶ es un patrón empleado por el diseñador web con la intención de evitar u obstaculizar la posibilidad de que el usuario pueda comparar los precios o el contenido de cada *ítem*, de forma que no pueda tomar una decisión informada.

ROACH MOTEL (*motel de cucarachas*) es un patrón acuñado por Brignull en base a la siguiente metáfora: cuando un huésped paga un precio muy bajo por una habitación, acepta –tácita o expresamente– que pueda incluir “extras” como cucarachas.¹⁷

2.2.6. Patrones que explotan sesgos cognitivos

Estas tácticas se aprovechan de sesgos cognitivos para aumentar el número de compras efectuadas o para conseguir cualquier otra acción pretendida.

MISDIRECTION (*desvío*)¹⁸ consiste en guiar al usuario hasta un punto específico de tal forma que no sea consciente de que algo más está ocurriendo. Especialmente, se emplea en casos en los que la acción que pretende realizar el usuario está compuesta de sucesivos pasos. Los diseñadores de experiencia de usuario son conscientes de que

¹⁴ Gray, M Colin, Y Kou, B Battles, J Hoggat, y A L. Tooms. s.f. «The Dark (Patterns) Side of UX Design.» *Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*. Nueva York: ACM. 14.

¹⁵ Por ejemplo, la autoridad de control en materia de protección de datos austriaca (NOYB) sancionó a Facebook por el uso de estos patrones. Cuando el usuario no aceptaba el tratamiento de sus datos o las *cookies*, Facebook mostraba iconos rojos, que indicaban la existencia de notificaciones, a los cuales no podía acceder hasta que no aceptara los términos. La Resolución está disponible en: <https://noyb.eu/wp-content/uploads/2018/05/complaint-facebook.pdf>.

¹⁶ CNIL (2019), p. 28.

¹⁷ Waelder, Pau. 2018. *Dark patterns: engañar al usuario*. 9 de agosto. Último acceso: 3 de octubre de 2019. <http://catedratelefonica.uoc.edu/2018/08/09/dark-patterns-enganar-al-usuario/>.

¹⁸ También ha sido denominado este patrón como *attention diversion* [CNIL (2019) p. 28]].

la mayoría de los internautas no se leen todas las indicaciones o términos, por lo que aprovechan esta ventaja para que acepten realizar algo de lo que no son conscientes.

Dentro de esta categoría el estudio de Princeton apunta cuatro tipologías diferentes:

1. **CONFIRMSHARING** (*confirmación de la vergüenza*):¹⁹ consiste en solicitar al usuario que realice alguna opción o proceda a darse de alta en algún servicio. En caso de no hacerlo, la página web emitirá algún tipo de mensaje para que el receptor se sienta culpable, avergonzando, etc.²⁰
2. **VISUAL INTERFERENCE** (*interferencia visual*) se sirve de la presentación del diseño para influir en las decisiones.²¹ Otra variante es el acuñado por el CNIL como **ATTENTION DIVERSION** (*distracción o desvío de la atención*),²² es un patrón que genera puntos llamativos en la página para distraer la atención de otros de igual relevancia.²³ La configuración de estos patrones puede llevar a que la clasificación por bloques sea distinta. En ocasiones, existirá asimetría entre las opciones, en otras puede que una de ellas esté encubierta.
3. **TRICK QUESTIONS** (*preguntas capciosas*): en esencia, el usuario responde a una pregunta o marca una opción con la convicción de que se trata de algo completamente distinto a lo que en realidad pretende. Otra versión es el acuñado como **FRAMING**,²⁴ consistente en formular las opciones de forma capciosa (*p.e. aquella que le interesa a la página se presenta con un lenguaje positivo, frente a la no deseada, que puede incluir consecuencias negativas para el individuo*).²⁵
4. **PRESSURED SELLING** (*venta forzada o bajo presión*) se vale de valores predeterminados, que en ocasiones pueden generar una alta presión en el usuario para que compre un producto de forma inmediata, más cara (*upselling*) o en conjunto con otros productos relacionados (*cross-selling*).

Algunos de estos patrones han sido englobados por la investigación de Princeton bajo la categoría “**scarcity**” (*escasez*); en concreto, se explican dos, si bien ello no obsta a que puedan existir técnicas similares que busquen el mismo objetivo.

¹⁹ El CNIL lo denominó **Blaming the individual** o “culpar al individuo” [*Ibid.* CNIL (2019), p. 29].

²⁰ Lo cierto es que el *confirmshaming* es una táctica que ha cobrado trascendencia en el ámbito digital. Especialmente, cualquier lector de prensa en línea se habrá dado cuenta de que estos anuncios han ido adquiriendo mayor frecuencia en el último año.

²¹ Así, puede ocurrir, por ejemplo, que se exponga de forma clara la opción *premium* en una cuenta, mientras que la posición de la *freemium* haga que pase inadvertida.

²² CNIL (2019), p. 28.

²³ *V.gr.* un botón grande de “continuar”, frente a un enlace pequeño y en colores grisáceos de “más información” o “configuración”.

²⁴ *Op. Cit.* Forbrukerrådet (2018), pp. 22.

²⁵ *V.gr.* de cara a la aceptación del reconocimiento facial en Facebook –que hoy en día en la Unión Europea se ha dejado sin efecto, por la protección de datos personales–, se pedía al usuario que aceptara el uso ya que, de esa forma, ayudaría a la empresa a protegerle de que extraños usaran su foto o bien “*tell people with visual impairments who’s in a photo or video*”. Cuando el usuario deseaba denegar el permiso, el mensaje era el siguiente: “*if you keep face recognition turned off, we won’t be able to use this technology if a stranger uses your photo to impersonate you. If someone uses a screen reader, they won’t be told when you’re in a photo unless you’re tagged*”.

LOW-STOCK MESSAGE; esto es, la indicación al consumidor de que las existencias son limitadas.

HIGH-DEMAND MESSAGE, que alerta sobre el número de usuarios que están viendo el producto o servicio.

En ocasiones, suelen presentarse juntos con el ánimo de aumentar la presión en la persona que navega por la web. Lo realmente preocupante de estos patrones es que a menudo ni siquiera reflejan una situación real. Ophir Harpaz, investigadora de ciberseguridad, descubrió en el código web de una página que estaba diseñada para mostrar un número aleatorio de personas que estaban visualizándola al mismo tiempo que el usuario.²⁶

LAST MINUTE CONSENT (*consentimiento en el último minuto*) es un patrón que también se aprovecha de los sesgos cognitivos con el objetivo de poder recabar más datos u obtener el consentimiento, que de otra forma quizás no se hubiera obtenido. En esencia, se trata de solicitar el consentimiento en un momento en el que se presume que el individuo se encuentra en una situación de mayor desventaja, bien por la urgencia con la que necesita el bien o servicio o bien por otras circunstancias como haber pasado por un proceso largo que desee terminar.

²⁶ Baraniul, Chris. 2019. *How 'dark patterns' influence travel bookings*. 12 de diciembre. Último acceso: 30 de diciembre de 2019. <https://www.bbc.com/worklife/article/20191211-the-fantasy-numbers-that-make-you-buy-things-online>.

3. ÁMBITO DEL INFORME

3.1. Ámbito territorial del informe: el Mercado Único Digital

La masificación de Internet y la llegada de las tecnologías de la información a casi todos los hogares han cambiado de forma radical la economía global; *i.e.* la forma en la que los diferentes agentes económicos se interrelacionan entre sí.

Uno de los aspectos que conviene resaltar, a los efectos de poder encuadrar el presente informe correctamente, es la **superación de las fronteras físicas**. En el ciberespacio es posible relacionarse con una multitud de personas con independencia de cuál es su ubicación física. Por ello, las siguientes páginas analizarán especialmente el régimen jurídico aplicable en la Unión Europea.

En el marco de la UE, se debe tener en cuenta que, desde sus inicios estuvo presente la ambiciosa meta de crear un mercado común y único entre los Estados Miembros.²⁷ Pese a las dificultades y al gran trabajo que supuso el derribo de cualquier arancel o frontera, el MUE no ha dejado de verse como un éxito.²⁸

Los logros alcanzados no son óbice para que el MUE deje de ser un proyecto en permanente revisión. Así, el desarrollo y la mayor implementación de Internet y otros factores ligados a la tecnología, han puesto de manifiesto la necesidad de buscar esta continua adaptación. Sobre la base de este propósito, en 2015, se puso en marcha la nueva estrategia para el Mercado Único Digital (“MUD”),²⁹ revisada en 2017.³⁰

La iniciativa del DSM ha progresado a buen ritmo durante estos años. De esta forma, se han aprobado prácticamente todas las proposiciones legislativas previstas. En concreto, 28 de 30, incluyendo el roaming comunitario,³¹ el impulso del reglamento eIDAS,³² el fin del bloqueo geográfico,³³ etc.

²⁷ El Acta Única Europea (1986) fue el primer paso de la ardua tarea para poder crear esta realidad, que cristalizó en la creación del Mercado Único Europeo (“MUE”) pocos años después (enero de 1993).

²⁸ El espacio económico al que dio lugar, y que incluía más de 500 millones de consumidores, generó más de 3 millones de empleos e impulsó a la Unión como una de las grandes potencias económicas del mundo. *Vid.* Ruiz Alfonsea, C ‘25 años de mercado único digital’, BBVA. Disponible en: <https://www.bbva.com/es/25-anos-mercado-unico-europeo/>. Acceso el 3 de octubre de 2019.

²⁹ Comisión Europea. (6 de mayo de 2015) ‘Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social Europeo y al Comité de las Regiones : Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa’. Ref. COM(2015) 192 final.

³⁰ Comisión Europea. (10 de mayo de 2017) ‘Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la estrategia del Mercado Único Digital’. Ref. COM(2017) 228 final

³¹ Reglamento (UE) 531/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2012, relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión.

³² Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

³³ Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón

En cualquier caso, debe advertirse que existen ciertos condicionantes en el desarrollo y avance del MUD. Algunos son similares o idénticos a los que ya existieron en la configuración e implementación del MUE, como es la complejidad normativa del comercio transfronterizo y la gran variedad de sistemas legislativos nacionales de los Estados Miembros. Otros son propios de la naturaleza de este mercado, como son los obstáculos derivados de la propia tecnología en sí misma, dado que hoy por hoy no se conoce por completo el impacto o el uso que algunas innovaciones, como la inteligencia artificial, pueden tener.

Por ello, aunque a día de hoy se han producido grandes avances en este campo, en el momento de escribir estas líneas no se ha completado la tarea. Así pues, en algunos casos habrá que acudir a las normas del comercio físico para conocer el régimen legal vigente.

En cualquier caso, debe recordarse que para que la legislación de la UE o de sus Estados Miembros sea aplicable se deben tener en cuenta las siguientes matizaciones:

- En materia de consumidores, se exige que la actividad albergada en un sitio Internet esté dirigida³⁴ a un consumidor (o grupo) en el Estado Miembro en cuya protección se pretende. La mera posibilidad de acceder a la página web no es suficiente para cumplir con esta premisa y considerar que la actividad está dirigida al Estado en cuestión. Se exige que su propietario haya dirigido directamente su actividad al mercado concreto, lo cual se cotejará mediante los indicios que concurren en el caso concreto (dominio de tercer nivel, etc.);³⁵
- En lo que respecta a la afectación del mercado, se tendrá en cuenta el territorio en el que los intereses resultan afectados.³⁶

de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE.

³⁴ Vid. considerandos 24 y ss. y artículo 6 del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); así como el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ("Reglamento Bruselas I bis").

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2010, *Pammer y Hotel Alpenhof*, Asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09.

³⁶ Artículo 6 del Reglamento 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II").

3.2. Alcance material de los patrones oscuros

Los patrones oscuros pueden tener repercusión en dos campos: (i) sobre los consumidores y usuarios que se exponen a ellos; y (ii) sobre el mercado, en la medida en la que muchos se diseñan con el fin de que sus receptores eviten a sus competidores.

Respecto al primer punto, la mayoría de **los patrones oscuros afectan a decisiones individuales de las personas**. Desde hace tiempo, la psicología juega un papel clave en el marketing. Esto ha dado lugar a la conocida como “psicología del consumidor” o “economía conductual”, como disciplina que estudia las tendencias cognitivas y emocionales con el ánimo de comprender cómo influyen en el mercado.³⁷

En UX no podía ser diferente. Desde el estudio y empleo de la psicología del consumidor, hasta otras teorías como la Gestalt,³⁸ el comportamiento humano cobra una especial trascendencia. De esta forma, la experiencia de usuario busca influir en las decisiones de los individuos explotando sus “vulnerabilidades”.

Respecto al segundo punto, algunos de **los patrones oscuros buscan influir en el mercado**. Algunas de estas técnicas se emplean con el objeto de tener un posicionamiento predominante sobre sus competidores, o bien, en el peor de los escenarios, de anularlos por completo.

Respecto a la primera afirmación, cabe citar como ejemplo aquellos casos en los que se guía al consumidor por un largo proceso de compra en el que se van aumentando los costes o actualizándolos (*v.gr. hidden costs* y *sneak into basket*). Se debe tener en cuenta que en la mayoría de los casos, el consumidor o usuario ha escogido esa opción frente a la de sus competidores por parecer a primera vista más económica y desconociendo las subidas o actualizaciones de precios posteriores, en detrimento de una competencia justa. También en los casos en los que la publicidad contraviene la legislación vigente, en la medida en que estas normas protegen a los comerciantes.

Respecto a la segunda afirmación, como se estudiará, el empleo del patrón *comparison prevention* puede tener como objeto u efecto anular a los competidores. Normalmente son técnicas que van ligadas a otros factores, como cláusulas contractuales a los proveedores o decisiones automatizadas en base a las características del internauta. Así, se ha demostrado que en ocasiones se utilizan de tal forma que algunos de los proveedores o competidores no se mostrarán al usuario en función de diversas circunstancias, como puede ser el código postal.

³⁷ Castro Arbeláez, María Alejandra. 2019. *Psicología del consumidor: características y modelos teóricos*. 5 de abril. Último acceso: 22 de diciembre de 2019. <https://lamenteesmaravillosa.com/psicologia-del-consumidor-caracteristicas-modelos-teoricos/>.

³⁸ Esta teoría precocina que los individuos perciben los elementos visuales como un “todo”; es decir, sólo como la suma de sus componentes, por lo que cada parte pasa desapercibida *per se*. En la introducción de patrones oscuros se entiende que son invisibles para el ojo humano y sólo funcionan como una guía y pautas de educación al comportamiento de sus receptores. Ratcliff, Christopher. 2018. *Gestalt psychology refers to the idea that humans perceive visual elements as a cohesive whole — and that whole is greater than the sum of its parts*. 26 de abril. Último acceso: 22 de diciembre de 2019. <https://www.userzoom.com/blog/a-brief-guide-to-psychology-principles-in-ux-design/>.

4. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

4.1. Impacto sobre las personas físicas

4.1.1. Protección de los consumidores

Anteriormente se hizo referencia al hecho de que la construcción del nuevo MUD partió de las experiencias adquiridas con la implementación del MUE. Uno de sus pilares, y de la UE en general, es la protección de los consumidores y usuarios (arts. 114.3 y 169 TFUE), entendida en sus inicios como el eslabón más débil de la cadena comercial. Esta base, que impregna el ordenamiento jurídico y es criterio orientador de la normativa, no podía dejar de estar presente en el MUD, como recordó el TJUE en su Sentencia de 1 de octubre de 2019.³⁹

Es por ello por lo que se han adoptado una multitud de normas que persiguen este objetivo. En cualquier caso, el texto de referencia en este ámbito es la Directiva sobre los derechos de los consumidores (“DDC”).⁴⁰

Con carácter preliminar a analizar el impacto que la DDC puede tener sobre los patrones oscuros, conviene aclarar el concepto de consumidor. En este sentido, se debe decir que la noción es prácticamente homogénea en todas las normas que afectan a la materia, definiéndose como *“toda persona física que (...) actú[a] con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”* [art. 2.a) DDC].⁴¹

Además, se debe tener en cuenta que la Unión Europea está adaptando la legislación existente en el comercio físico a la nueva era digital. Un ejemplo de esta afirmación es la Directiva 2019/2161 para la modernización de las normas de protección de consumidores de la Unión,⁴² adoptada el pasado 8 de noviembre de 2019.⁴³

³⁹ Comunicado de prensa núm. 125/19 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ‘*La colocación de cookies requiere el consentimiento activo de los internautas*’, a raíz de la Sentencia en el asunto C-673/17.

⁴⁰ 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

⁴¹ En términos similares y, entre otros, se pronuncian el artículo 13 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 2.e) de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; art. 2.a) de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

⁴² Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión.

⁴³ La Directiva entró en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE (art. 8), si bien los Estados Miembros cuentan con un plazo de dos años para trasponerla a su ordenamiento interno y de tres para que las medidas sean aplicables (art. 7).

Algunas de las novedades que incorpora son las que se muestran en la siguiente tabla:⁴⁴

Norma	Conducta
Cdos. 31 a 35 Arts. 4.1.b) y 4.2.b)	El ámbito de la DDC se extiende a los servicios <i>freemium</i> en línea que se prestan a cambio de datos personales, salvo que el suministro de dicha información obedezca exclusivamente al propósito de prestar el servicio o al cumplimiento de la Ley.
Cdo. 36 y Art.4.3.b)	Los prestadores o empresarios deben proveer información sobre la funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad del contenido y servicios digitales, incluyendo las medidas técnicas de protección aplicables.
Art.4.4	En consonancia con la normativa de servicios de sociedad de la información, los prestadores o empresarios quedan obligados a suministrar cierta información, como su dirección, número de teléfono, o cualquier forma de contacto.
Cdo.: 45 Art. 4.4.a.ii)	Se establece la obligación de informar a los usuarios de la personalización de precios efectuada mediante una decisión automatizada.
Cdos.: 30, 37 y 38, 41 a 44 y Art. 6a	“Derecho de desistimiento”: En el caso de que un usuario renuncie a cerrar un acuerdo con un comerciante en línea, este último tiene prohibido utilizar la información –salvando los datos personales– proporcionados o creados por el primero al acceder a su contenido o servicio digital. En determinadas circunstancias, el comerciante queda sujeto a la obligación de proporcionar al usuario acceso al contenido después de la renuncia, así como facilitar la portabilidad del contenido
Cdos. 18, 19, 20, 21, 22, 23, 26, Arts. 3.1.b, 3.4.b, y 6 bis.1.a	Información sobre los rankings o posicionamientos: los prestadores deben informar sobre los parámetros empleados en los casos de búsquedas con posicionamiento. En los casos en los que exista una publicidad retribuida, directa o indirectamente, o alguna contraprestación que permita obtener un mejor posicionamiento en las búsquedas, los usuarios y consumidores deben estar claramente informados sobre este dato y los parámetros empleados
Art. 6a	En el caso de que se anuncie un descuento sobre el precio del producto, el comerciante está obligado a indicar el precio anterior al descuento. El precio con descuento debe ser el más bajo del producto que se haya ofrecido en los treinta días anteriores a la aplicación del descuento, salvo que la legislación nacional del Estado Miembro prevea un tiempo más corto.

⁴⁴ Van Quathem, Kristof, y Anna Oberschelp de Meneses. 2019. *EU adopts New Deal for Consumers*. 13 de Noviembre. Último acceso: 21 de Diciembre de 2019. <https://www.insideprivacy.com/international/european-union/eu-adopts-new-deal-for-consumers/>.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se analizará el régimen legal que establece la DDC. En el ámbito digital, las relaciones comerciales se celebran a distancia o fuera del establecimiento, por lo que las compañías deben cumplir con los arts. 6 a 8 DDC y ello sin perjuicio de otras obligaciones, como las de la Directiva de Comercio Electrónico.⁴⁵

Los patrones oscuros vulneran algunas de las previsiones de la DDC; específicamente:

Norma	Conducta	Patrón
Arts. 5.1.c) y 6.1.e)	Incluir el precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos, la forma en la que se determina el precio y los gastos adicionales.	Hidden costs ⁴⁶
Arts. 5.1.f) y 6.1.o)	La exigencia de informar sobre la duración del contrato, sus prórrogas – automáticas o no– y las condiciones de resolución.	Hard to cancel
Art. 8.4	La Directiva prescribe que el consumidor tenga acceso a cierta información con carácter previo a la celebración del contrato. Entre los extremos que deben mencionarse, se menciona el “derecho de desistimiento”. ⁴⁷	Forced continuity Roach motel
Art. 27	La DDC prohíbe la exigencia de solicitar contraprestación alguna por el suministro de bienes no solicitados.	Sneak into basket

En cualquier caso, más allá de la DDC, la protección de los consumidores se encuentra reforzada por otras normas, como la que se analizará en el apartado siguiente o la Directiva en materia de indicación de precios (“DMIP”).⁴⁸

- El patrón *hidden costs* infringe la DMIP en la medida en que esta norma exige que los precios de venta y por unidad se exponga de forma inequívoca, fácilmente identificable y claramente legible; *i.e.* debe ser el precio definitivo, incluyendo el IVA y demás impuestos aplicables.⁴⁹

⁴⁵ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

⁴⁶ Un estudio preliminar de la Comisión Europea ha advertido de que al menos el 39% de las páginas webs no cumplen con las obligaciones de información en materia de precios. *Vid.* Comisión Europea (2019), ‘*Online shopping: Commission and consumer protection authorities call for clear information on prices and discounts*’.

⁴⁷ Los patrones infringen esta previsión, en la medida en que, además de obstruir la posibilidad del de baja, no ofrecen el periodo para ejercer su derecho de desistimiento [obligatorio según el art. 16.j) *in fine*].

⁴⁸ Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores.

⁴⁹ Para apreciar el alcance de esta obligación se pueden consultar Sentencias como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), de 7 de julio de 2016, *Citroën Commerce*, As. C-476/14.

4.1.2. Prácticas comerciales desleales, engañosas y agresivas

La norma de referencia en esta cuestión es la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales (“DPCD”).⁵⁰ Su fin es evitar el empleo de artificios que influyan directamente sobre las decisiones de los consumidores de forma lesiva; sin perjuicio de que, como se menciona en el considerando 6 DPCD, se protejan también otros intereses indirectamente, como es el de los competidores.

El concepto de “**práctica comercial**” se define en la DPCD [art. 2.d)] en sentido amplio como: *“todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores”*. También alcanza a las actividades consecutivas a la transacción comercial, tras la celebración de un contrato o durante su ejecución.⁵¹

El concepto de producto se matiza en el art. 2.c), modificado por la Directiva 2019/2161, como: *“cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, los servicios digitales y el contenido digital, así como los derechos y obligaciones”*.

Para entender el alcance de las expresiones de “servicios digitales” y “contenido digital” (considerando 30 de la Directiva 2019/2161), se debe acudir al art. 2 de la 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:

- Contenido digital: los datos producidos y suministrados en formato digital;
- Servicio digital: a) aquel que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o b) el que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos.

Por lo tanto, dada la última modificación y por la amplitud del alcance, las páginas que incluyen patrones oscuros entran dentro del ámbito de aplicación de la DPCD.

Finalmente, conviene recordar que es irrelevante que el comerciante se encuentre fuera de la UE para que la DPCD sea aplicable, siempre y cuando dirija sus servicios a consumidores europeos (art. 6.1 Roma II).

⁵⁰ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 16 de abril de 2015, *UPC Magyarország*, As. C-388/13, para. 36.

4.1.2.1. Evaluación de la lealtad de las prácticas comerciales

La DPCD establece un procedimiento de tres pasos para evaluar la lealtad de las prácticas, consistente en tres elementos:⁵² una disposición general, dos preceptos que prohíben ciertas las prácticas y un listado de treinta y un exhaustivos ejemplos de prácticas desleales.⁵³ El TJUE ha matizado en su jurisprudencia el orden riguroso en el que se debe proceder para aplicar este mecanismo:⁵⁴

En primer lugar, se debe verificar si la conducta cuestionada es subsumible dentro del listado del Anexo I DPCD, dado que las actuaciones en él mencionadas se consideran desleales en cualquier circunstancia y sin necesidad de recurrir a un estudio del caso concreto. Todas aquellas prácticas no incluidas en el Anexo se presumen lícitas y sólo podrán declararse desleales tras la oportuna evaluación.⁵⁵

Los patrones oscuros en muchos casos infringen la DPCD. En concreto, algunos de los patrones presentan grandes similitudes con el listado de prácticas recogido en el Anexo I de la Directiva. Por ejemplo, las siguientes:

Tipo	Descripción	Patrones
Práctica desleal	Realizar una invitación a comprar productos a un precio determinado (...) con la intención de promocionar un producto diferente (señuelo y cambio).	Bait and switch
Práctica desleal	Afirmar falsamente que el producto sólo estará disponible durante un período de tiempo muy limitado o que sólo estará disponible en determinadas condiciones durante un período de tiempo muy limitado a fin de inducir al consumidor a tomar una decisión inmediata, privándole así de (...) elección con el debido conocimiento de causa	Low-stock message High-demand message Countdown timers
Práctica desleal	Recurrir a un contenido editorial en los medios de comunicación para promocionar un producto, pagando el comerciante por dicha promoción, pero sin que ello quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor.	Disguised Ads

⁵² Durovic, Mateja. 2016. *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*. Vol. Modern studies in European Law. Londres: Bloomsbury Publishing.

⁵³ Este listado contribuye a garantizar la seguridad jurídica, como un elemento esencial del mercado interior y que, además, es un requisito esencial para alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 18 de octubre de 2012, *Purely Creative y otros*, As. C-428/11, paras. 46-48.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 23 de abril de 2009, *VTB-VAB*, asuntos acumulados C-261/07 y C-299/07, para. 56 *et seq.* Doctrina reiterada en las sucesivas sentencias.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 3 de abril de 2014, *4finance*, As. C-515/12, para. 32.

Práctica desleal	Crear, dirigir o promocionar un plan de venta piramidal en el que el consumidor realice una contraprestación a cambio de la oportunidad de recibir una compensación derivada (...) de la entrada de otros consumidores.	Friend Spam
Práctica desleal	Transmitir información materialmente inexacta sobre las condiciones del mercado o sobre la posibilidad de encontrar el producto, con la intención de inducir (...) a adquirirlo en condiciones menos favorables que las normales de mercado	Hidden costs Visual interference
Práctica agresiva	Crear la impresión de que el consumidor no puede abandonar el local hasta haber perfeccionado el contrato	Forced continuity Forced action Hard to cancel
Práctica agresiva	Informar expresamente al consumidor de que el trabajo o el sustento del comerciante corren peligro si el consumidor no adquiere el producto o servicio.	Confirmshaming
Práctica agresiva	Crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, ganará, o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad: — no existe tal premio o ventaja equivalente.	<i>Countdown timers</i> cuando anuncian falsas rebajas

En segundo lugar, se debe evaluar si la conducta podría reputarse como ilícita a la luz de las provisiones comprendidas en la DPCD, mediante un análisis que deberá realizarse caso por caso⁵⁶ y teniendo en consideración la expectativa que se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.⁵⁷ En ningún caso podrá sancionarse aquellas que solo puedan engañar a un consumidor sumamente crédulo, ingenuo o superficial, puesto que ello sería desproporcionado y crearía un obstáculo injustificado en el comercio.⁵⁸

En concreto, se sancionan las siguientes conductas:

1. **Prácticas engañosas** (art. 6 DPCD): aquellas que contienen información falsa o carente de veracidad y que, por su presentación general, inducen (o pueden inducir) a error al consumidor, aún cuando contengan información cierta sobre alguno de sus elementos. Su fin es el de provocar una reacción que, de otra forma, no se hubiera conseguido.

⁵⁶ *Ibid*, para. 31 y, entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 17 de enero de 2013, *Köck*, As. C-2016/11, para 35.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 16 de julio de 1998, *Gut Springenheide y Tusky/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, As. C-210/96, para. 31.

⁵⁸ *Op cit.* COM(2016) 320 final, p. 45.

También se incluyen las omisiones tácticas de información que busquen el mismo resultado (art. 7 DPCD). La información no tiene porque omitirse o ser falsa *per se*; basta con que la forma en la que se presenta pueda inducir a un error en la percepción del consumidor medio.⁵⁹

Entre estas omisiones se incluyen aquellas incluidas en las “invitaciones a comprar”. Las comunicaciones comerciales pueden considerarse invitación a comprar, sin que se exija que deban incluir el medio de compra en concreto.⁶⁰ En este concepto podrían incluirse patrones como *confirmshaming*. El art. 7.4 DPCD exige que éstas incluyan cierta información “sustancial” si no se desprende del contexto para no resultar engañosas.

La Comisión Europea ha alertado sobre que la “economía del comportamiento” (o psicología conductual, comentada al inicio del informe) ha puesto de manifiesto la importancia que tiene la presentación de la información sobre los consumidores,⁶¹ puesto que su formato puede constituir una práctica engañosa.

Entre los patrones que podrían incluirse dentro de esta definición se destacan los siguientes: *attention diversion*, *disguised ads*, *sneak into basket*;⁶² *bait and switch* y *visual interference*.⁶³

2. **Prácticas agresivas** (art. 8 DPCD): son las que en su contexto fáctico –i.e. en función de sus características y circunstancias– merman (o pueden mermar) de forma importante la influencia, libertad de elección o conducta del consumidor medio, de forma que tome una decisión que no hubiera tomado de no haber mediado la agresividad. Se considera que la conducta es “práctica agresiva” cuando emplea acoso, coacción, influencia indebida o incluso fuerza suficiente como para viciar los actos del consumidor (art. 9 DPCD).

La “influencia indebida” se define en el art. 2.j) DPCD como la posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, de forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor para tomar una decisión con el debido conocimiento de causa. Como ha señalado el TJUE, no ha de ser necesariamente ilícita, sino que lo relevante es que sea activa, mediante la presión, en obtener la voluntad condicionada y forzada del consumidor.⁶⁴

⁵⁹ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 26 de octubre de 2016, *Canal Digital Danmark*, As. C-611/14, para. 41; y (Sala Segunda) de 8 de febrero de 2017, *Carrefour Hypermarchés*, As. C-562/17, para. 29.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 12 de mayo de 2011, *Ving Sverige*, As. C-122/10.

⁶¹ *Op cit.* COM(2016) 320 final, p. 62.

⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de octubre de 2016, (Sala Quinta) *Canal Digital Danmark*, As. C-611/14: Descomponer el precio del producto en diferentes elementos, de los cuales algunos se omiten o se resalta uno de forma notable frente al resto, que puede venir medianamente oculto es una práctica desleal.

⁶³ En 2018, el AGCM sancionó a Facebook por considerar que enfatizar el carácter gratuito del servicio sin advertir de la comercialización de los datos constituía una práctica engañosa. *Vid.* Resolución de la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, de 29 de noviembre de 2018, ref. PS111112.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 12 de junio de 2019, *Orange Polska*, para As. C-628/17, para. 33.

Pressured selling, es uno de los patrones susceptibles de ser una práctica agresiva,⁶⁵ sin perjuicio de que otros también puedan incurrir en la infracción.⁶⁶

En tercer y último lugar, en el caso de haber resultado negativo el resultado del examen de los dos puntos anteriores, se debe tener en cuenta la disposición general del art. 5 DPCD, que sanciona toda aquella conducta que cumpla con dos criterios acumulativos; a saber: (i) que sea contraria a la diligencia profesional⁶⁷; y (ii) distorsione (o pueden distorsionar) de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor medio al que se dirigen.⁶⁸

La distorsión del comportamiento a la que se refiere el precepto se conecta con la idea de que el consumidor tome una “decisión transaccional”. Este concepto ha sido matizado por el TJUE, que lo ha definido en sentido amplio, al extenderlo tanto a las decisiones precontractuales como postcontractuales.⁶⁹ En otras palabras, la expresión cubre cualquier decisión relativa a optar “por comprar o no un producto” y “de qué manera y en qué condiciones” efectuar la compra.

Además, conviene señalar que una práctica puede considerarse desleal no sólo cuando induce al consumidor medio a comprar o no un producto, sino también cuando pueda inducirlo a otras acciones como puede ser entrar en una tienda (*disguised ads*), pasar más tiempo en Internet en un proceso de reserva (*misdirection*) o decidir no cambiar a otro competidor (*forced continuity, roach motel*).⁷⁰

⁶⁵ Hace relativamente poco tiempo, la autoridad de la Competencia británica (CMA) incoó un expediente contra varias páginas de reserva de hoteles por estos hechos. En concreto, la CMA señalaba que, páginas como Booking o Trivago, utilizan técnicas de venta bajo presión, descuentos engañosos y sometían a los hoteles al pago de comisiones para figurar en las partes superiores de los buscadores. La CMA se refería como “*pressure selling*” al hecho de que estas páginas anunciaban que sólo quedaba una habitación disponible. No obstante, cuando el usuario entraba en el hotel en concreto podía ver distintos tipos de habitación sobre los que era posible hacer la reserva. Todo ello fue considerado como prácticas engañosas y agresivas y una infracción de la normativa de protección de los consumidores, contrarias a la Directiva. Competition and Markets Authority. 2017. *Press release: CMA launches consumer law investigation into hotel booking sites*. 27 de octubre. Último acceso: 27 de diciembre de 2019. <https://www.gov.uk/government/news/cma-launches-consumer-law-investigation-into-hotel-booking-sites>.

⁶⁶ *Op. Cit.* AGCM (2018) se consideró práctica agresiva establecer por defecto la autorización venta de datos a terceros.

⁶⁷ “**Diligencia profesional**” el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe esperar razonablemente de un comerciante en su relación con los consumidores, de conformidad con “las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante” (art.2.h) DPCD).

⁶⁸ “**Distorsiona de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor**” el empleo de tácticas que mermen de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, provocando una decisión sobre la transacción que, de no haber mediado la práctica desleal, no hubiera tomado (art.2.e) DPCD).

⁶⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 19 de diciembre de 2013, *Trento Sviluppo*, As. C-281/12, par. 35 y 36.

⁷⁰ *Op cit.* COM(2016) 320 final, p 43.

4.1.3. La nueva economía de datos

Algunos de los patrones oscuros se caracterizan por ser técnicas que pretenden la obtención de la información del usuario. Así ocurre en patrones como *ease*, *friend spam*, *safety blackmail*, *forced action*, *confirmshaming*, *trick questions*, *just between you and us* o *improving the experience*.

La Unión Europea ha sido pionera en la protección de los datos personales de los usuarios. Aunque su preocupación por el respeto de la privacidad en Internet no es una novedad—siendo la Directiva 95/46/CE uno de sus primeros pasos—, se dice que la norma revolucionaria por excelencia fue el nuevo Reglamento General de Protección de Datos (“RGPD”).

Como ya puso de relieve el anterior supervisor europeo de protección de datos (“EDPS”), Giovanni Buttarelli,⁷¹ el RGPD se inspira en ciertos principios que se han de tener en cuenta a la hora de diseñar todo tipo de tratamiento de datos y que no se pueden obviar, si bien la mayoría de los patrones oscuros los infringen.

Entre ellos, se encuentran la privacidad desde el diseño y por defecto, la minimización, la delimitación de los fines y, especialmente, la transparencia. Aunque no cabe hacer un explicación detallada en estas páginas de la normativa de protección de datos, si se debe hacer alusión a ciertos puntos, de cara a entender cómo afecta la legislación al fenómeno estudiado.

4.1.3.1. Privacidad desde el diseño y por defecto

Una de las grandes novedades del RGPD, frente a la legislación anterior —y junto al principio de responsabilidad proactiva—, ha sido la introducción de las exigencias de “privacidad desde el diseño y por defecto”. Ambos requisitos pretenden garantizar una inversión en el paradigma tecnológico y la protección de datos personales tal y como se conocían, devolviendo al usuario el control sobre sus datos.⁷²

Pero, ¿en qué se traduce? En esencia, estos criterios orientadores requieren que los responsables del tratamiento introduzcan, desde la planificación del mismo, la privacidad como opción por defecto para el usuario. De esta forma, los dispositivos, la inserción de *cookies* o cualquier otro aspecto que afecte a los datos personales, se debe configurar de tal forma que parta de la base de no acceder ni usar los mismos. Así, sería el usuario el encargado de dotar de este poder al responsable mediante su indicación expresa.

⁷¹ Buttarelli, Giovanni. 2019. «Dark patterns in data protection.» *Legal Design Roundtable*. Comisión Europea.

⁷² García Herrero, Jorge. 2016. *Privacidad desde el Diseño o “Privacy by Design” en el Reglamento General de Protección de Datos (I)*. 8 de noviembre. Último acceso: 30 de diciembre de 2019. <https://jorgegarciaherrero.com/privacidad-desde-el-diseno-o-privacy-by-design-i/>.

4.1.3.2. Principios de lealtad y transparencia

Uno de los pilares fundamentales del RGPD radica en que el individuo esté informado, íntegramente y en todo momento, de los tratamientos que se efectúan sobre sus datos. Emplear técnicas que oscurecen la finalidad, puede convertirse en una infracción de estos principios normativos.

Los principios de transparencia y lealtad se recogen en el art. 5.1.a) RGPD y se desarrollan con más detalle en el art. 12.1, el cual exige que la información proporcionada sobre los tratamientos de datos cumpla con las condiciones de concisión, fácil acceso, inteligibilidad y el uso de un lenguaje claro y sencillo.

Cuando los patrones emplean tácticas que impiden o eliminan cualquiera de estos requisitos, nos encontramos ante una infracción del RGPD.⁷³ Este es el caso de algunos de ellos, como puede ser el de *misdirection*, *hidden Information* o incluso algunas otras prácticas no categorizadas: exigir un número elevado de clics para acceder a la información, utilizar varios documentos enlazados de políticas de privacidad, emplear un lenguaje que genere confusión, etc.

4.1.3.3. Principios de minimización de datos y limitación de tratamientos

Íntimamente relacionados, se encuentran los principios de minimización y de limitación de los tratamientos. El primero hace alusión a la idea de que los datos tratados sean los mínimos e imprescindibles para realizar la actividad. El segundo se refiere al hecho de que los diversos tratamientos que se realicen queden limitados con anterioridad a efectuarlos.

El art. 5.1.c) RGPD recoge el principio de minimización de datos. En este sentido: (1) el tratamiento sólo debe realizarse cuando no sea posible conseguir el fin por otro medio; y (2) no constituya una injerencia desproporcionada en los derechos, intereses y libertades en juego.⁷⁴

El art. 5.1.b) RGPD enuncia el principio de limitación del tratamiento, desarrollado en diversos párrafos del texto normativo, como el art. 6.3 RGPD (que condiciona la licitud del tratamiento a la determinación previa de las finalidades).

Asimismo y relacionado con todo lo anterior, el RGPD exige la granularidad o individualización de los tratamientos. Es decir, lo más frecuente es que existan múltiples tratamientos (*p.e.* con fines estadísticos, para la emisión de anuncios personalizados, etc.). Esto significa que: (1) el usuario debe estar informado de todos ellos; y (2) en el caso de que no exista una base legitimadora distinta del consentimiento, el interesado debe decidir de forma separada sobre cada uno de ellos.

⁷³ Vid. CNIL, Deliberation of the Restricted Committee SAN-2019-001 of 21 January 2019 pronouncing a financial sanction against GOOGLE LLC.

⁷⁴ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa. 2019. *Manual de legislación europea en materia de protección de datos*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, p. 142.

El EDPB⁷⁵ recalca que en recabar el consentimiento global se traduce en que este no sea libre y, por lo tanto, no válido a los efectos del RGPD.

4.1.3.4. Licitud del tratamiento y bases de legitimación

El RGPD exige que los tratamientos sean lícitos [arts 5.1.a)] y circunscribe esa legalidad a la concurrencia de una base de legitimación hábil para ello –sin perjuicio de que sea requisito también el cumplimiento global de la normativa de protección de datos. Estas bases se recogen en el art. 6 RGPD.

A diferencia de la anterior normativa, el consentimiento deja de ser la piedra angular de los tratamientos, en la medida en la que el Reglamento no se pronuncia sobre la jerarquía de las bases, sino que las enuncia en un plano de igualdad. De esta forma, en lo que al informe se refiere, la recogida u obtención de datos personales en el ámbito digital podría también estar justificada y ser legal en base a alguna de las siguientes circunstancias:

- a) **Consentimiento del interesado**, para uno o más fines específicos. El consentimiento es importante en la medida en que los datos no sean necesarios para la ejecución del contrato o para el cumplimiento de una obligación legal y sólo podrá ser válido en la medida en la que el interesado disponga de un control efectivo sobre su decisión, incluyendo que sea reversible y que su retirada no le cause perjuicio alguno (considerando 42 RGPD).⁷⁶

En este sentido, el consentimiento debe ser libre, específico, informado e inequívoco, mediante una declaración o una clara acción afirmativa [art. 4.11) RGPD]. Así, en los casos en los que la aceptación o el consentimiento sean un requisito para obtener el servicio, bien o ejecutar un contrato, se considerará como no válido (art. 7.4 RGPD), en la medida en que no es “libre”.

El uso de engaño, intimidación, coacción o cualquier otra consecuencia negativa para el titular de los datos, el consentimiento no es válido. En el caso de que no exista ninguna otra base de legitimación válida, el tratamiento será ilícito.

- b) **Ejecución de un contrato** en el que el interesado es parte. Se incluyen también las medidas precontractuales solicitadas por el titular de los datos. Esta base se entiende en sentido estricto, limitándose sólo a legitimar los datos necesarios para que se pueda ejecutar el contrato.⁷⁷
- c) **Cumplimiento de alguna obligación legal** para la que sea necesaria efectuar el tratamiento.

⁷⁵ *Op. Cit.* European Data Protection Board (2017), p. 10.

⁷⁶ European Data Protection Board (o Article 29 Data Protection Working Party), (2017) ‘Guidelines on consent under Regulation 2016/679’.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 8. Los datos necesarios para ejecutar un contrato de compraventa pueden ser la dirección postal de envío, el número de la tarjeta o cuenta bancaria en la que se efectuará el cobro, etc. Se excluyen otros que puedan ser irrelevantes, como la afiliación política o cualquiera que no tenga ninguna relación con la entrega.

- d) **Intereses legítimos** del responsable o de un tercero y siempre que no prevalezcan sobre los derechos y libertades fundamentales del interesado (especialmente si es un “niño”).

Además de las expuestas, existen otras dos bases: (i) la protección de los intereses vitales del interesado o de otra persona física; y (ii) el cumplimiento de una misión de interés público o el ejercicio de poderes públicos que desempeña el responsable del tratamiento. En cualquier caso, resulta difícil imaginar una situación en la que puedan darse estas circunstancias y que requieran el empleo de patrones de oscuros.

4.1.3.5. Los patrones oscuros a la luz del RGPD

En base a lo expuesto, se debe concluir que muchos de los patrones oscuros vulneran el RGPD, en la medida en que algunos buscan conseguir que el usuario comparta más información de la inicialmente deseada y de la necesaria.⁷⁸ Este hecho ya ha sido advertido por diferentes autoridades de control,⁷⁹ por el precedente EDPS y, en algunos casos, ha sido objeto de multas.⁸⁰

El problema de emplear estas tácticas, como ya señaló Butarelli, es que mediante su uso, los individuos dejan de ser tratados como personas, para convertirse en meros agregadores de información que pueda ser procesada a nivel masivo para el beneficio de las empresas. Esto, puede vulnerar la dignidad humana.⁸¹

En particular, se ha concluido que la mayoría de los ilícitos vienen derivados de infringir los requisitos de privacidad desde el diseño y por defecto, carecer de base legal que legitime el tratamiento y la ausencia de transparencia o información adecuada sobre el tratamiento y los fines.

A la vista de lo expuesto se infiere lo siguiente:

- a) **Ease y framing** conculcan el RGPD desde su base, al no respetar los principios de privacidad desde el diseño y por defecto. Además, buscan que el usuario acepte las condiciones por “comodidad” y dificultando la posibilidad de alterarla, por lo que se debe cuestionar si el consentimiento es libre o válido;
- b) **Friend spam** carece de consentimiento y en su configuración se aprecia un problema de falta de transparencia. El usuario presta su consentimiento para una finalidad falsa;

⁷⁸ *Op. Cit.* CNIL (2019), pp. 27-28.

⁷⁹ A lo largo del informe se han citado las investigaciones de las autoridades Noruega, Austriaca y Francesa. También Reino Unido ha incoado un expediente por estas prácticas, si bien lo ha hecho desde el punto de vista de derecho de los consumidores.

⁸⁰ Por mencionar algunos ejemplos: Google fue sancionado por el CNIL, en su resolución de 21 de enero de 2019 (ref. SAN-2019-001) por no hacer fácilmente accesible las políticas de privacidad y protección de datos, al incluirlas en diversos documentos de forma dispersa (este número de clicks elevado constituye también un patrón oscuro); Facebook fue sancionado por la venta ilegal –en la medida en la que no existía un consentimiento válido– por la AGCM.

⁸¹ Butarelli, Giovanni. (2019a): “Putting forward such an image of humanity is not only questioning our most fundamental social values but also lessens people’s trust in digital services”.

- c) **Safety blackmail** no respeta los principios de privacidad desde el diseño y por defecto. Además, se aprovecha de situaciones en las que el usuario se haya bajo presión (el consentimiento no es “libre”). En función de si la información es realmente necesaria para la prestación del servicio y de si se ha efectuado el correspondiente análisis que permita validar el tratamiento bajo el interés legítimo, puede carecer de base de legitimación válida;
- d) **Confirmshaming**, al requerir la aceptación del tratamiento mediante técnicas psicológicas que culpabilizan al usuario, el consentimiento no es libre;
- e) **Trick questions**: el usuario erra a la hora de elegir la opción, al desconocer por completo lo que está aceptando, produciéndose una infracción del RGPD;
- f) **Just between you and us** e **improving the experience** conculcará el RGPD en los casos en que no exista una opción de rechazar las *cookies* o el tratamiento y no existan los requisitos necesarios para legalizarlo como “interés legítimo”.

El cuadro resumen de conclusiones es el siguiente:

Patrón	Privacidad desde el diseño y por defecto	Consentimiento/ Base de legitimación	Transparencia
Ease	X	X	
Framing	X	X	
Friend spam		X	X
Safety blackmail	X	X	X
Confirmshaming		X	
Trick questions	X	X	X
Just between you and us		X	
Improving the experience		X	

4.2. Impacto sobre el mercado.

Como se avanzaba en el punto 3, los patrones oscuros también pueden tener repercusión en el mercado, en la medida en que se infringen normas que pretenden salvaguardar a los comerciantes y garantizar una competencia libre y justa. De esta forma, las tácticas de experiencia de usuario que aquí se analizan pueden tener por objeto y/o por efecto fines que supondrían un quebrantamiento de estos bienes jurídicos.

Aunque ya se han estudiado en las páginas anteriores algunas de las conductas que pueden tener esta consecuencia,⁸² en los siguientes apartados se analizarán aquellas normas cuyo objetivo principal es la protección de los comerciantes y de las relaciones que entre ellos se producen en el mercado.

4.2.1. Publicidad

Internet se ha convertido en el medio por excelencia de comunicación e información y ello también en el ámbito comercial. La publicidad *online* crece exponencialmente dado el sinfín de ventajas que aporta a las empresas (desde alcanzar un número mayor de receptores por campaña, hasta la reducción de costes). Así, hoy en día la publicidad es masiva y sin fronteras.

Además, la tecnología ha permitido que cada día la publicidad pueda ser más personalizada. Para ello, se utilizan diferentes métricas; desde la segmentación geográfica,⁸³ hasta el *behavioral targeting*.⁸⁴ La legalidad de estas prácticas deberá examinarse a la luz de otras normas, como el RGPD o la Directiva ePrivacy.

4.2.1.1. Concepto de publicidad en la Unión Europea

En lo que al régimen jurídico concierne, la norma principal es la Directiva 2006/114/CE (en adelante, "DPEPC").⁸⁵ Su fin principal es proteger a los comerciantes frente a la publicidad engañosa, a la vez que permitir la publicidad comparativa bajo ciertas circunstancias. Con ello, el legislador pretende brindar protección a la libre competencia y evitar distorsiones en el mercado interior.

La DPEPC define la publicidad como toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios [art. 2.a)].

⁸² Como apuntó el TJUE en su Sentencia de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo*, As. Acumulados, C-240/98 a 244/98, el hecho de que una Directiva ofrezca su protección principal a los consumidores, no obsta para que con ella se puedan perseguir otros fines, como "disciplinar el mercado". *Vid.* (Rott 2012)

⁸³ Ve. 2016. *9 tipos de publicidad segmentada*. 8 de noviembre. Último acceso: 17 de enero de 2020. <https://www.ve.com/es/blog/9-tipos-publicidad-segmentada>.

⁸⁴ IONOS. 2017. *Behavioral targeting: la publicidad que espía tu comportamiento*. 28 de agosto. Último acceso: 17 de enero de 2020. <https://www.ionos.es/digitalguide/online-marketing/analisis-web/publicidad-personalizada-gracias-al-behavioral-targeting/>.

⁸⁵ Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DO L 376 de 27.12.2006, p. 21/27).

Como ya ha señalado el TJUE, esta es una definición especialmente amplia que permite que la publicidad no se limite a sus formas más clásicas sino que puede presentarse de múltiples maneras.⁸⁶ Es más, incluso el uso de nombres de dominio, los metadatos y metaetiquetas usados en Internet pueden llegar a ser publicidad⁸⁷ cuando se emplean en el “tráfico económico”;⁸⁸ *i.e.* con ánimo de lucro, excluyendo la esfera privada.

En efecto, no es necesario que exista un anuncio tradicional para que una técnica digital de promoción de negocio pueda considerarse como publicidad. Como señala el TJUE, el objetivo del usuario que realiza una búsqueda en Internet es encontrar información sobre un producto o un servicio. El posicionamiento, el uso de indicadores de hipertexto u otros métodos de publicidad indirecta son formas de comunicación en el sentido del art. 2.a) DPEPC, con irrelevancia de que sean invisibles para el usuario de Internet y que su destinatario directo sea un tercero (como los motores de búsqueda).⁸⁹

4.2.1.2. Publicidad engañosa

Una vez aclarado el punto anterior, relevante en la medida en la que muchos de los patrones pueden llegar a considerarse como “publicidad”, conviene explicar brevemente cuál es el régimen publicitario que establece la DPEPC.

En lo que al informe concierne, interesa el concepto de “**publicidad engañosa**”, que se define como toda aquella que, de cualquier forma, induce a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar a su comportamiento económico o perjudicar a un competidor.

Para poder apreciar el carácter engañoso de la publicidad se recurre a un análisis objetivo que pretende determinar si con ella se puede llegar a producir error o no en sus receptores, con independencia de cuál haya sido la voluntad del emisor.⁹⁰ Dicho examen parte de la necesidad de tener en necesaria consideración las expectativas que pueda tener un consumidor medio razonablemente informado.⁹¹

En cualquier caso, estas prácticas no difieren en su esencia de las prácticas engañosas anteriormente comentadas. La diferencia entre ambas normas radica en el objeto de protección. De esta forma, una acción constituirá una práctica engañosa cuando el

⁸⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2001 (Sala Quinta), *Toshiba Europe*, As. C-112/99, para. 28.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 11 de julio de 2013, *Belgian Electronic Sorting Technology*, As. C-657/11, para. 40.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010, *Google France y Google*, Asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08, paras. 50 *et seq.*

⁸⁹ Op. Cit. STJUE *Belgian Electronic Sorting Technology*, paras.56-58.

⁹⁰ Vidal García, A. 2013. «La prohibición de la publicidad engañosa.» En *La promoción de medicamentos dirigida a profesionales sanitarios. Estudio desde la perspectiva del derecho mercantil*, 151-168. Marcial Pons.

⁹¹ Entre otras, Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 1999, *Sektkellerei Kessler*, As. C-303/97, para. 36; de 7 de marzo de 1990, *GB-Inno-BM*, As. C-362/88, para. 17.

perjudicado sea un particular; por el contrario, entrará en el ámbito de protección de la DPEPC cuando el daño se produzca sobre un competidor.⁹²

A modo ilustrativo, un patrón oscuro consistente en anunciar un periodo de rebajas falso (*e.g. countdown timers*), tiene su impacto principal sobre los consumidores; por lo tanto, constituirá una infracción de la DPCD. Cuando el patrón, en su lugar, anuncia respecto a un anunciante que existen unidades limitadas (*scarcity*), de cara a presionar al consumidor y en detrimento del resto de los competidores, el ilícito se cometerá a la luz de la DPEPC.

Estas conductas perjudican especialmente a las pequeñas y medianas empresas, que no pueden operar en el tráfico económico en las mismas condiciones que las de mayor tamaño y se ven perjudicadas por el hecho de no poder pagar el precio correspondiente para que su anuncio se publicite en las mismas condiciones.

4.2.1.3. La publicidad en el comercio electrónico

Además, constituyen servicios de sociedad de la información, por lo que es aplicable la Directiva 2000/31 (“Directiva eCommerce”).⁹³ A estos efectos, resulta relevante señalar que la Directiva hace un especial hincapié en la obligación de estos prestadores de ser transparentes, tanto en lo relativo a la información general y de contacto del consumidor y usuario con la entidad (art. 5), como en lo que concierne a las comunicaciones comerciales –*i.e.* publicidad– (art. 6).

Entre otras cosas, se establece la obligación de que las comunicaciones comerciales sean claramente identificables como tales, así como la persona a la que van dirigidas. El punto crítico, relativo a aquella publicidad no solicitada por el receptor, es que la norma europea reserva su prohibición o aceptación a la legislación nacional, si bien añade que en los casos en los que se permita, el prestador que las emita debe consultar “*regularmente las listas de exclusión voluntaria (“opt-out”) en las que se podrán inscribir las personas físicas que no deseen recibir dichas comunicaciones comerciales*” y respetarlas (art. 7.2).

De esta forma, patrones oscuros como *disguised ads* o *friend spam*, al no observar las prescripciones de la Directiva, especialmente en materia de transparencia e identificación de la publicidad (comunicaciones comerciales) contravienen el Derecho de la Unión Europea.

⁹² Comisión Europea (2016), Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales, que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Un enfoque global dirigido a estimular el comercio electrónico transfronterizo para las empresas y los ciudadanos europeos, ref. COM(2016) 320 final, p. 11.

⁹³ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

4.2.2. Derecho europeo de la competencia

El derecho de la competencia es una parte del ordenamiento jurídico que pretende garantizar una competencia libre y justa en el mercado, así como la libertad de los individuos para tomar decisiones. A nivel europeo, la normativa principal se encuentra en los arts. 101 y 102 del TFUE.

En lo que al informe concierne, se debe destacar que las nuevas tecnologías han revolucionado las teorías económicas tradicionales. De esta forma, frente a la tradicional definición de mercado, en el que interaccionaban la oferta y la demanda, hoy aparecen nuevos agentes del juego, como son los algoritmos.

Como cabe esperar, muchos (o todos) de los patrones estudiados son algoritmos. Éstos son la base del modelo de negocio del comercio electrónico en general, que se sirve de herramientas como los motores de búsqueda o los comparadores de precios. Los algoritmos son un activo muy cotizado en el mercado, ya que proporcionan numerosas ventajas a las empresas: conocer los cambios de precios de los competidores de forma casi instantánea, reducir los costes de producción y transacción, segmentar los grupos de consumidores, adaptar los precios a las circunstancias de éstos o del mercado ágilmente,⁹⁴ optar a un mejor posicionamiento que les permita tener una visibilidad preminente en el mercado, etc.

La vigilancia de los competidores no está prohibida como tal. Forma parte del juego esencial del mercado y es una intención legítima de los comerciantes, para poder reaccionar de forma adecuada. No obstante, parte de la doctrina, como Robles Martín-Laborda, ha advertido sobre el hipotético caso de que los programas de inteligencia de precios pudieran, no solo detectar por sí mismos las tendencias de los consumidores y usuarios ocultas en los datos masivos, sino, además, aprender por sí mismos a cooperar con otros programas o empleados de sus competidores; en cuyo caso, se trataría de una “concordancia de voluntades” prohibida por el derecho de la competencia.

En cualquier caso, no es necesario acudir a ejemplos tan complejos para poder deducir que el uso de algoritmos –especialmente, de patrones oscuros– puede y altera la competencia, como se evidenciará en los apartados siguientes.

Con carácter previo a analizar el tema objeto del estudio, conviene hacer un breve comentario sobre las conductas consideradas por la normativa como anticompetitivas. El TFUE sanciona dos clases de actuaciones: (1) las prácticas colusorias; y (2) el abuso de posición dominante.

Las **prácticas colusorias** son acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que tiene por objeto o naturaleza, producir el efecto de restringir o falsear la competencia. El art. 101.1 TFUE enuncia una serie de conductas que, en particular, cumplen con esta definición. Excepcionalmente, cuando la táctica empresarial, aún siendo una de las enunciadas en el art. 101.1 TFUE,

⁹⁴ Robles Martín-Laborda, Antonio. 2018. *Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios*. Último acceso: 2919 de 28 de diciembre. https://www.academia.edu/36532879/CUANDO_EL_CARTELISTA_ES_UN_ROBOT._COLUSI%C3%93N_EN_MERCADOS_DIGITALES_MEDIANTE_ALGORITMOS_DE_PRECIOS.

contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos, fomentar el progreso técnico o económico y reservar a los usuarios una participación equitativa, sin imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar esos objetivos u ofrecer la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos que se trate, no será considerada como anticompetitiva.

El **abuso de posición de dominio**, recogido en el art. 102 TFUE, sanciona aquellas situaciones en las que una o más empresas, prevaliéndose de su cuota de mercado preminente y “explotándola de manera abusiva”, restrinjan indebidamente la competencia. En otras palabras, para que una práctica pueda ser considerada como ilícita por este precepto, deben concurrir dos circunstancias: (1) que exista una posición de dominio, por una o varias empresas, en el mercado relevante de referencia; y (2) que se explote dicha posición de forma abusiva, con el objeto o el efecto de restringir o falsear la competencia.

Estudiar en detalle las posibles infracciones que se puedan cometer por abuso de posición de dominio, excede del ámbito de este informe, dado que ello implicaría necesariamente la evaluación de las cuotas de mercado de las empresas en cuestión (tanto geográfico como de producto o servicio), para determinar si están o no en posición de incurrir en estas conductas. No obstante, como se avanzaba en el punto 2.2 del presente informe, los estudios han concluido que existe cierta relación directa entre el posicionamiento en los rankings Alexa de las páginas y la introducción de patrones oscuros. Aunque el posicionamiento web, hoy por hoy, no es determinante de una cuota de mercado, si es un indicador de que las compañías que usan con más frecuencias estas técnicas comerciales gozan de una posición destacada en el mercado. Así ocurre que, en muchos supuestos –como es el de Google o Amazon–, sucederá que cumplirán con los requisitos del art. 102 TFUE, aunque habría que analizar caso por caso.

En los siguientes epígrafes se analizará como, de algunas situaciones o normas ya descritas en los epígrafes anteriores, pueden cometerse estas infracciones.

4.2.2.1. Competencia y privacidad

El primer hito en materia de competencia y publicidad fue en 2006. En aquel entonces, el TJUE estableció que las cuestiones relativas a la sensibilidad de los datos no podían constituir un ilícito de competencia.⁹⁵ No obstante, en ningún caso se refería a que esta colisión no pudiera producirse; sino que sólo en el caso concreto no ocurría.

El mayor protagonismo que ha cobrado el comercio de los datos y, en esencia, las nuevas realidades del mercado permiten, por el contrario, apreciar que en algunos casos, los estándares de privacidad se conviertan en auténticos parámetros para estimar la existencia de una conducta abusiva o anticompetitiva.⁹⁶

⁹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax, As. C-238/05*, (EU:C:2006:734).

⁹⁶ Buttarelli, Giovanni. 2019. *This is not an article on data protection and competition law*. CPI Antitrust Chronicle, Competition Policy International, Inc.

De hecho, un informe conjunto de las autoridades de competencia de Francia y Alemania⁹⁷ ha analizado el impacto que pueden tener los datos personales en la evaluación de los análisis en materia de competencia.

En efecto, cada vez los datos cobran más importancia en la economía, de forma que constituyen un verdadero mercado. El valor de los datos deriva especialmente en su uso posterior –normalmente de índole publicitario. Tanto es así que en muchos casos las empresas optan por ofrecer sus servicios de forma gratuita al usuario a cambio de que este le ceda su información y, además, monetariamente ha motivado muchas de las últimas concentraciones más relevantes (e.g. Facebook/Whatsapp, Microsoft/LinkedIn, Google/DoubleClick, etc.).

La OECD ha alertado del hecho de que esta economía de datos favorece la concentración y las posiciones de dominancia en el mercado⁹⁸ e, incluso, de que la adquisición masiva de información (*big data*) puede generar fuentes de poder monopolísticas⁹⁹ (*winner takes it all*).

Por lo tanto, algunas de las infracciones analizadas en el apartado relativo a la protección de datos personales (4.1.1) pueden dar lugar a infracciones de derecho de la competencia. Así, puede ocurrir que aquellos que ostentan una posición de dominio en el mercado relevante exijan a terceros la instalación o uso de patrones como *ease*, *forced action* o *last minute consent*, infringiendo el art. 102 TFUE.

4.2.2.2. Competencia y publicidad

Como ya se hizo alusión en puntos anteriores, uno de las cuestiones objeto de armonización europea es la publicidad engañosa. Cuando esta publicidad se centra en desacreditar a un tercero puede suponer una restricción a la libre competencia.¹⁰⁰

La Comisión Europea ha reiterado en diferentes ocasiones que el **mercado relevante** de la publicidad en línea es distinto al de la publicidad tradicional.¹⁰¹

Como se avanzaba, el posicionamiento en motores de búsquedas o comparadores constituye una técnica publicitaria. De hecho, es una de las más valoradas por las empresas en la actualidad, dada la importancia que ha cobrado Internet como medio de divulgación entre sus internautas.

⁹⁷ Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt. 2016. *Competition Law and Data*. 10 de mayo. Último acceso: 2019 de diciembre de 29. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf;jsessionid=C68EFB95DC644DE37C3FA91F0000B17A.2_cid378?__blob=publicationFile&v=2.

⁹⁸ OECD. 2014. *Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim synthesis report*. Paris: OECD, pp. 7 y 30 et seq.

⁹⁹ *Ibid*, p. 58.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 23 de enero de 2018, *F. Hoffman-La Roche Ltd y otros*, As. C-179/16.

¹⁰¹ Decisiones de la Comisión Europea de 11 de Marzo 2008, COMP/M.4731 *Google/DoubleClick*, paras. 45, 46 y 51; de 18 de febrero de 2010, COMP/M.5727 *Microsoft/Yahoo! Search Business*, para. 61; de 9 de septiembre de 2014, COMP/M.7288 *Viacom/Channel 5 Broadcasting*, paras. 36, 38 y 40; de 30 de octubre de 2014, COMP/M.7217 *Facebook/WhatsApp*, paras. 75 y 79; de 13 de mayo de 2016, COMP/M.7987 *Towerbroo Capital Partners/Infopro Digital*, para. 10; de 6 de diciembre de 2016, COMP/M. 8124 *Microsoft/LinkedIn* para. 159; de 21 de diciembre de 2016, COMP/M.8180 *Verizon/Yahoo*, para. 25.

En 2017 la Comisión Europea alertó sobre posibles prácticas anticompetitivas en el ámbito del comercio electrónico.¹⁰² En concreto, identificó, entre otras, las siguientes acciones: un incremento en el uso de restricciones verticales en materia de precios, vetos por razón del mercado o la plataforma usada, **restricciones en las herramientas de comparación de precios**.

De hecho, en 2018 se sancionó por primera vez una conducta relacionada con la publicidad en internet.¹⁰³ En este supuesto, la Comisión alegó que la comparación de precios, tanto en línea como *offline*, tiene efectos beneficiosos para la competencia y para los propios consumidores. Establecer restricciones a esta herramienta, constituye una infracción del art. 101 TFUE.

Así pues, se puede concluir que el empleo de patrones como *comparison prevention*, aunque constituye en primer lugar un ilícito contra la normativa de protección de los consumidores, puede desembocar en una infracción del derecho de la competencia cuando los afectados son los competidores y concurren las circunstancias exigidas por el art. 101 (abuso de posición dominante) o del 102 (prácticas concertadas) TFUE.

Finalmente, se debe advertir que este patrón no es usado sólo para ocultar la comparación de posibles productos o servicios similares o sustituibles, sino que en ocasiones también para obstaculizar la comparación de precios.¹⁰⁴

4.2.2.3. Defensa de la competencia y derecho de los consumidores

De igual forma que en los dos epígrafes anteriores, las infracciones de la DCC o de la DPCD puede constituir auténticas infracciones del derecho de la competencia cuando se produce un abuso de la posición de dominio o una práctica concertada prohibida.

Así ocurrirá en el caso en el que, por ejemplo, un motor de búsqueda o un comerciante, abusando de su posición dominante, impide que un competidor se publicite, en su propia página o en una tercera, mediante el uso de tácticas como *default settings*.¹⁰⁵

¹⁰² Comisión Europea (2017), *Report from the Commission to the Council and the European Parliament: Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, ref. SWD(2017) 154 final.

¹⁰³ Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2018 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, AT.40428, *Guess*.

¹⁰⁴ Así ocurre en el caso de Airbnb, plataforma de servicios de sociedad de la información, en el ámbito del alojamiento turístico, que impide ver el precio final de cada opción. Una vez que el usuario accede a uno de ellos, se encuentra con condiciones muy variopintas de fianzas, servicios de limpieza u otros cargos. En la medida en que no se muestran estas opciones o el precio final, se obstruye la comparación real entre los diferentes proveedores de alojamiento.

¹⁰⁵ *Vid.*, Decisión de la Comisión Europea de 27 de junio de 2017, 'relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area', AT. 39740, *Google Search (Shooping)*.

5. CONCLUSIONES

Una vez analizado el tema en cuestión y el régimen jurídico aplicable se pueden obtener las siguientes conclusiones:

- (I) El uso de patrones oscuros colisiona con diferentes ramas o normas del ordenamiento jurídico europeo. Se adjunta tabla resumen de estas conclusiones como [Anexo II](#). Esto implica necesariamente que ocurre lo mismo en el plano nacional, dada la primacía del derecho europeo. De hecho, puede ocurrir que, en ocasiones, la normativa doméstica de un Estado Miembro imponga condiciones más restrictivas a alguna de las prácticas estudiadas.
- (II) Aunque el MUD continúe en construcción y no haya finalizado el proceso de adaptación de la normativa a las nuevas tecnologías, la mayoría de las conductas son subsumibles en las normas del Mercado interior.
- (III) A la hora de realizar el [Anexo I](#) e identificar patrones es distintas páginas webs, se concluyó que en la Unión Europea su empleo es más moderado que en terceros países, como Estados Unidos. La existencia de normativa y la imposición de sanciones disuade a muchas empresas de un uso abusivo y flagrante de los mismos. En cualquier caso, se usan y están presentes, infringiendo en numerosos casos las diferentes normativas de aplicación, por lo que aún queda recorrido en este camino.
- (IV) La mayor parte de las infracciones que afectan a los consumidores se producen por un problema de falta de transparencia. Aunque las técnicas –tal y como se han descrito y se usan a día de hoy– son ilegales, podrían llegar a adecuarse a la legalidad vigente con un esfuerzo relativamente bajo: *i.e.* con la inclusión de un aviso informativo a su receptor del uso y alcance de los mismos.

Aunque esta advertencia pueda resultar estrambótica, lo cierto es que el RGPD es una evidencia de que la transparencia no está reñida con el éxito comercial. Aquellas páginas que han incluido en sus políticas de privacidad las finalidades reales de sus tratamientos no han perdido, por ello, consumidores o usuarios.

Lo cierto es que en la mayoría de las ocasiones, el consumidor o usuario estará dispuesto a aceptar las condiciones controvertidas (por ejemplo, la cesión de sus datos) a cambio de un resultado que para él tiene una mayor importancia (por ejemplo, mantenerse conectado con su entorno u obtener condiciones económicas más ventajosas);

- (V) La combinación y el uso abusivo de los patrones oscuros pueden producir serias consecuencias en el mercado que pueden originar infracciones en materia de derecho de la competencia.

6. BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS, LIBROS Y PUBLICACIONES

40defiebre. s.f. *¿Qué es la experiencia de usuario?* Último acceso: 1 de noviembre de 2019. <https://www.40defiebre.com/que-es/experiencia-usuario>.

Atkin, Jane. 2013. *Buyer beware: the hidden costs of budget air travel*. Último acceso: 2019 de noviembre de 9. <https://www.lonelyplanet.com/articles/buyer-beware-the-hidden-costs-of-budget-air-travel>.

Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt. 2016. *Competition Law and Data*. Último acceso: 29 de diciembre de 2019. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf;jsessionid=C68EFB95DC644DE37C3FA91F0000B17A.2__cid378?__blob=publicationFile&v=2.

Baraniul, Chris. 2019. *How 'dark patterns' influence travel bookings*. Último acceso: 30 de diciembre de 2019. <https://www.bbc.com/worklife/article/20191211-the-fantasy-numbers-that-make-you-buy-things-online>.

Brignull, Harry. s.f. *Dark Patterns*. Último acceso: 30 de septiembre de 2019. <https://www.darkpatterns.org/types-of-dark-pattern>.

Castro Arbeláez, María Alejandra. 2019. *Psicología del consumidor: características y modelos teóricos*. Último acceso: 22 de diciembre de 2019. <https://lamenteesmaravillosa.com/psicologia-del-consumidor-caracteristicas-modelos-teoricos/>.

Digival. s.f. 2019. *Experiencia de Usuario (UX): concepto y factores influyentes*. Último acceso 1 de noviembre de 2019.: <https://www.digival.es/blog/experiencia-de-usuario-ux-concepto-y-factores/>.

Durovic, Mateja. 2016. *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*. Vol. Modern studies in European Law. Londres: Bloomsbury Publishing. Forbrukerrådet. 2018. «Deceived by design: how tech companies use dark patterns to discourage us from exercising our rights to privacy.»

García Herrero, Jorge. 2016. *Privacidad desde el Diseño o "Privacy by Design" en el Reglamento General de Protección de Datos (I)*. Último acceso: 30 de diciembre de 2019: <https://jorgegarciaherrero.com/privacidad-desde-el-diseno-o-privacy-by-design-i/>.

Gray, M Colin, Y Kou, B Battles, J Hoggat, y A L. Tooms. s.f. «The Dark (Patterns) Side of UX Design.» *Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*. Nueva York: ACM. 14.

IONOS. 2017. *Behavioral targeting: la publicidad que espía tu comportamiento*. Último acceso: 17 de enero de 2020. <https://www.ionos.es/digitalguide/online-marketing/analisis-web/publicidad-personalizada-gracias-al-behavioral-targeting/>.

Mathur, Arunesh, Gunes Acar, Michael J. Firedman, Elena Lucherini, Jonathan Mayer, Marshini Chetty, y Arvind Narayanan. 2019. «Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites.» Proc. ACM Hum. -Comput. Interact.

Ratcliff, Christopher. 2018. *Gestalt psychology refers to the idea that humans perceive visual elements as a cohesive whole — and that whole is greater than the sum of its parts*. Último acceso: 22 de diciembre de 2019. <https://www.userzoom.com/blog/a-brief-guide-to-psychology-principles-in-ux-design/>.

Robles Martín-Laborda, Antonio. 2018. *Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios*. Último acceso: 29 de noviembre de 2019.

https://www.academia.edu/36532879/CUANDO_EL_CARTELISTA_ES_UN_ROBOT_COLUSI%C3%93N_EN_MERCADOS_DIGITALES_MEDIANTE_ALGORITMOS_DE_PRECIOS.

Rott, Peter. 2012. «Effective enforcement of consumer law» en *European Consumer Protection : theory and practice*, de James (Eds.) Devenney y Mel Kenny, 67 et seq. Cambridge: Cambridge University Press.

Ruiz Alfonsea, C '25 años de mercado único digital', BBVA. Último acceso el 3 de octubre de 2019. Disponible en: <https://www.bbva.com/es/25-anos-mercado-unico-europeo/>.

Van Quathem, Kristof, y Anna Oberschelp de Meneses. 2019. *EU adopts New Deal for Consumers*. Último acceso: 21 de diciembre de 2019. <https://www.insideprivacy.com/international/european-union/eu-adopts-new-deal-for-consumers/>.

Ve. 2016. *9 tipos de publicidad segmentada*. Último acceso: 17 de enero de 2020. <https://www.ve.com/es/blog/9-tipos-publicidad-segmentada>.

Vidal García, A. 2013. «La prohibición de la publicidad engañosa» en *La promoción de medicamentos dirigida a profesionales sanitarios*. Estudio desde la perspectiva del derecho mercantil, 151-168. Marcial Pons.

Waelder, Pau. 2018. *Dark patterns: engañar al usuario*. Último acceso: 3 de octubre de 2019. <http://catedratelefonica.uoc.edu/2018/08/09/dark-patterns-enganar-al-usuario/>.

DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

Informes, conferencias y otros

a) Instituciones Europeas

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa. (2019). *Manual de legislación europea en materia de protección de datos*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

Buttarelli, Giovanni. (2019). Dark patterns in Data Protection. Documento presentado en *Legal Design Roundtable*, Bruselas, Bélgica. Recuperado de https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/19-04-27_dark_patterns_en.pdf.

Buttarelli, Giovanni. (2019). *This is not an article on data protection and competition law*. CPI Antitrust Chronicle, Competition Policy International, Inc.

Comisión Europea (2019), 'Online shopping: Commission and consumer protection authorities call for clear information on prices and discounts'.

Comisión Europea. (2015) 'Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social Europeo y al Comité de las Regiones: Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa'. Ref. COM(2015) 192 final.

Comisión Europea (2016), Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales, que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Un enfoque global dirigido a estimular el comercio electrónico transfronterizo para las empresas y los ciudadanos europeos, ref. COM(2016) 320 final.

Comisión Europea. (2017) 'Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la estrategia del Mercado Único Digital'. Ref. COM(2017) 228 final.

Comisión Europea (2017), Report from the Commission to the Council and the European Parliament: Final report on the E-commerce Sector Inquiry, ref. SWD(2017) 154 final.

European Data Protection Board (o Article 29 Data Protection Working Party), (2017) 'Guidelines on consent under Regulation 2016/679'.

b) Nacionales

Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt. 2016. *Competition Law and Data*. 10 de mayo. Último acceso: 2019 de diciembre de 29. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf;jsessionid=C68EFB95DC644DE37C3FA91F0000B17A.2_cid378?__blob=publicationFile&v=2.

Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL). 2019. «Shaping Choices in the Digital World: From dark patterns to data protection: the influence of UX/UI design on user empowerment.» *IP Reports: Innovation and Foresight*, núm. 6, París.

Competition and Markets Authority (CMA). 2017. *Press release: CMA launches consumer law investigation into hotel booking sites*. 27 de octubre. Último acceso: 27 de diciembre de 2019. <https://www.gov.uk/government/news/cma-launches-consumer-law-investigation-into-hotel-booking-sites>.

OECD. 2014. *Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim synthesis report*. Paris: OECD.

Forbrukerrådet. 2018. “Deceived by design: how tech companies use dark patterns to discourage us from exercising our rights to privacy”.

Resoluciones y decisiones administrativas

a) Europeas

Comisión Europea. Decisión de 11 de Marzo 2008, COMP/M.4731 *Google/DoubleClick*.

Comisión Europea. Decisión de 18 de febrero de 2010, COMP/M.5727 *Microsoft/Yahoo! Search Business*.

Comisión Europea. Decisión de 9 de septiembre de 2014, COMP/M.7288 *Viacom/Channel 5 Broadcasting*.

Comisión Europea. Decisión de 30 de octubre de 2014, COMP/M.7217 *Facebook/WhatsApp*.

Comisión Europea. Decisión de 13 de mayo de 2016, COMP/M.7987 *Towerbroo Capital Partners/Infopro Digital*.

Comisión Europea. Decisión de 6 de diciembre de 2016, COMP/M. 8124 *Microsoft/LinkedIn*.

Comisión Europea. Decisión de 21 de diciembre de 2016, COMP/M.8180 *Verizon/Yahoo*, para. 25.

Comisión Europea. Decisión de 27 de junio de 2017, ‘relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area’, AT. 39740, *Google Search (Shooping)*.

Comisión Europea. Decisión de 17 de diciembre de 2018 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, AT.40428, *Guess*.

b) Nacionales

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), Resolución de 29 de noviembre de 2018, ref. PS111112.

CNIL, Deliberation of the Restricted Committee SAN-2019-001 of 21 January 2019 pronouncing a financial sanction against GOOGLE LLC.

NYOB, Complaint under article 77(1) GDPR against Facebook Ireland Ltd. Accesible en: <https://noyb.eu/wp-content/uploads/2018/05/complaint-facebook.pdf>.

CMA (2019). *Press release: CMA launches consumer law investigation into hotel booking sites*. 27 de octubre. Último acceso: 27 de diciembre de 2019. <https://www.gov.uk/government/news/cma-launches-consumer-law-investigation-into-hotel-booking-sites>.

7. JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del TJUE

Comunicado de prensa núm. 125/19 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, '*La colocación de cookies requiere el consentimiento activo de los internautas*', a raíz de la Sentencia en el asunto C-673/17.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 7 de marzo de 1990, *GB-Inno-BM*, As. C-362/88.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 16 de julio de 1998, *Gut Springenheide y Tusky/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, As. C-210/96.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 28 de enero de 1999, *Sektkellerei Kessler*, As. C-303/97.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, As. Acumulados, C-240/98 a 244/98.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 25 de octubre de 2001, *Toshiba Europe*, As. C-112/99.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax*, As. C-238/05.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 23 de abril de 2009, *VTB-VAB*, asuntos acumulados C-261/07 y C-299/07.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010, *Google France y Google*, Asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2010, *Pammer y Hotel Alpenhof*, Asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 12 de mayo de 2011, *Ving Sverige*, As. C-122/10.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 18 de octubre de 2012, *Purely Creative y otros*, As. C-428/11

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 17 de enero de 2013, *Köck*, As. C-2016/11.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 11 de julio de 2013, *Belgian Electronic Sorting Technology*, As. C-657/11.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 19 de diciembre de 2013, *Trento Sviluppo*, As. C-281/12.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 3 de abril de 2014, *4finance*, As. C-515/12.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 16 de abril de 2015, *UPC Magyarország*, As. C-388/13.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), de 7 de julio de 2016, *Citroën Commerce*, As. C-476/14

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 26 de octubre de 2016, *Canal Digital Danmark*, As. C-611/14.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 8 de febrero de 2017, *Carrefour Hypermarchés*, As. C-562/17.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 23 de enero de 2018, *F. Hoffman-La Roche Ltd y otros*, As. C-179/16.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 12 de junio de 2019, *Orange Polska*, para As. C-628/17.

Otros

Sentencia de la Corte del Distrito de Carolina del Norte, División de San José, de 12 de junio de 2014, en el caso *Paul Perkins et al, vs. LinkedIn Corporation*, núm. 13-CV-04303-LHK.

ANEXO I.
EJEMPLOS DE PATRONES
OSCUROS

PATRONES DE ASIMETRÍA

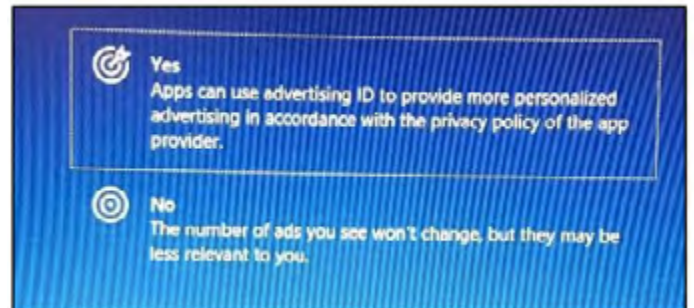
Se caracterizan por presentar las opciones al usuario de forma desproporcionada o con un diseño totalmente desigual.

1 EASE

Busca conseguir los resultados deseados aplicándolos como la configuración por defecto, sabiendo que en muchos casos los usuarios no lo cambiarán por “comodidad”.



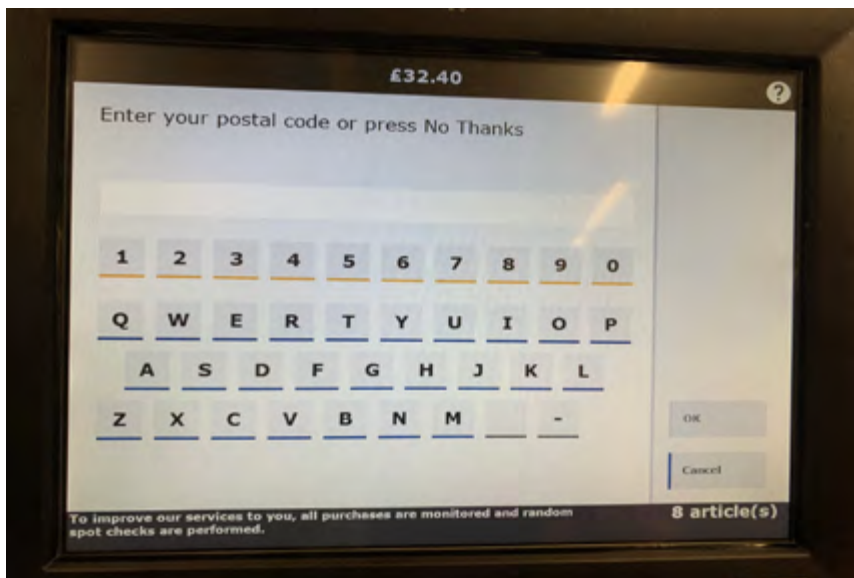
Fuente: Facebook



Fuente: Windows

2 ATTENTION DIVERSION

Genera puntos llamativos en la página para distraer la atención de otros de igual relevancia



IKEA Reino Unido

En el proceso de compra se solicita al usuario que introduzca su código postal. Dado que no es una información esencial para la transacción, se permite presionar “No thanks”.

¿Pero dónde está ese botón? Parece que sólo existe la opción introducirlo o cancelar la operación.

PATRONES DE ENCUBRIMIENTO

Buscan camuflar algunas compras de bienes o servicios o acciones adicionales dentro de la decisión inicial del consumidor o usuario.

DISGUISED ADS

Los anuncios de terceros se muestran escondidos, al camuflarlos con los propios contenidos del portal web en el que el usuario se encuentra.

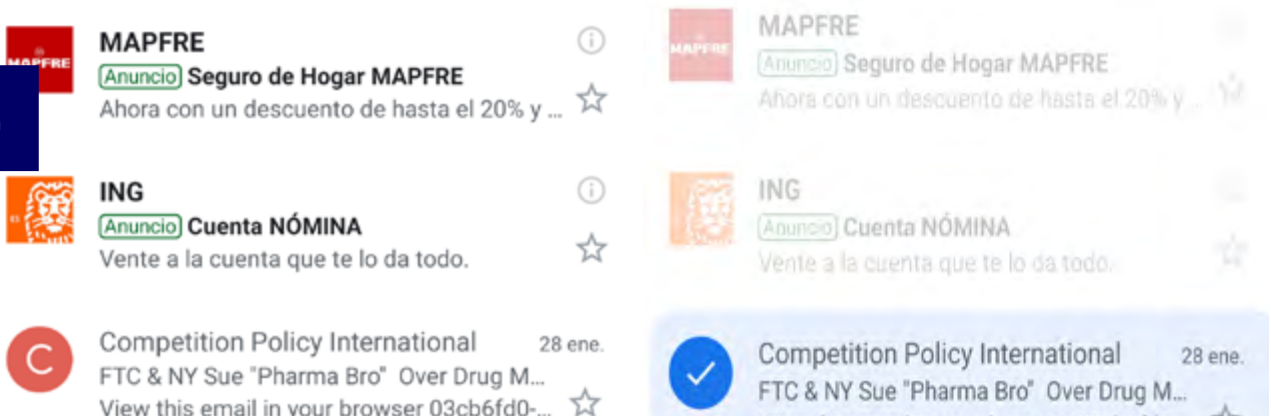
3



Softpedia es un un sitio web creado en Rumanía que indexa la información y ofrece descargas de software para diversos sistemas operativos.

Como la mayoría de páginas de la misma actividad, incluye anuncios camuflados bajo botones que anuncian la “descarga” para inducir al usuario a pincharlos y así descargarse otros programas distintos de los que deseaban.

4



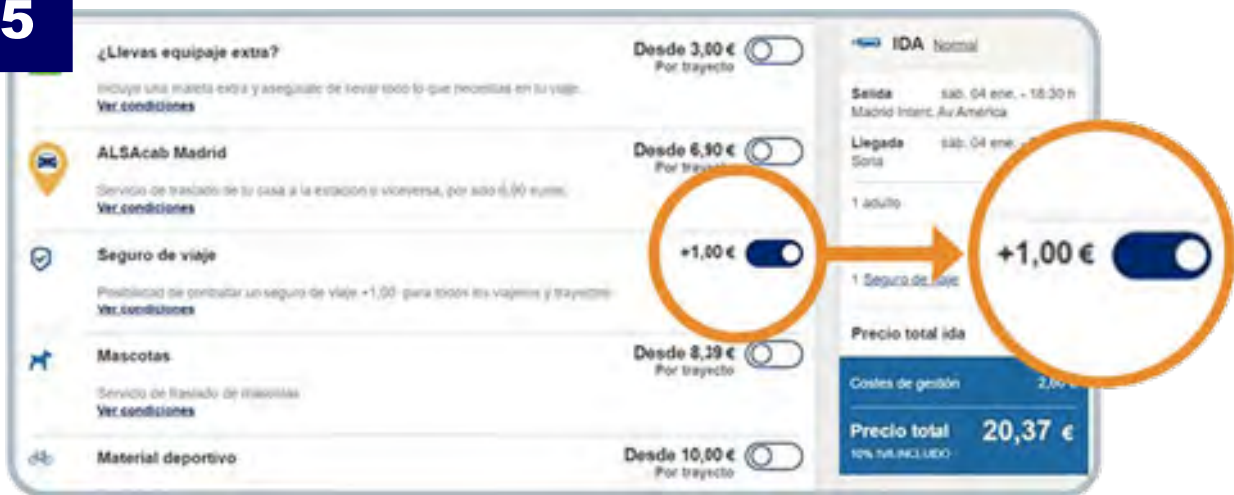
La app móvil de Gmail muestra anuncios camuflados. De esta forma, a primera vista parecen comunicaciones comerciales ordinarias. No obstante, se aprecia que no es posible eliminarlas.

También pueden optar por prescindir de informar de ciertos cargos u operaciones inherentes al producto o servicio, bien hasta el último paso de la compra o bien de forma definitiva.

HIDDEN COSTS

Aquella situación en la que el usuario, cuando llega al último paso/pantalla de un proceso de pago, descubre nuevos costes inesperados

5



Páginas como ALSA establecen cargos adicionales como opciones predeterminadas. Si el usuario ha realizado la compra con prisa, probablemente no se de cuenta.

6

FRIEND SPAM

Aquel que solicita al internauta que facilite su cuenta de correo o red social a cambio de un resultado beneficioso para él (p.e., para encontrar amigos entre sus contactos), pero luego envía a esos contactos un mensaje no deseado de su parte

See who you already know on LinkedIn
The fastest way to grow your network is to import your contacts

david.nield@gizmodo.com

Continue

We'll import your address book to suggest connections and help you manage your contacts.
Learn more



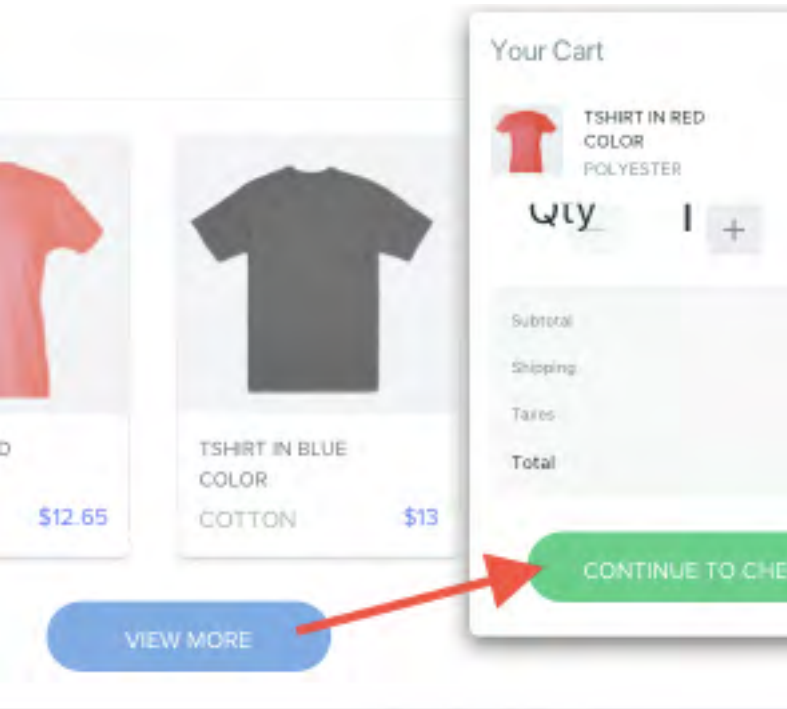
Find more connections like Tom, Michael F. and Deborah.

PATRONES DE ENGAÑO

7 BAIT AND SWITCH

Es un patrón consistente en usar un icono o gráfico universalmente asociado a un significado y que en la práctica realiza, o la acción contraria u otra completamente distinta a la espera, induciendo a error al usuario.

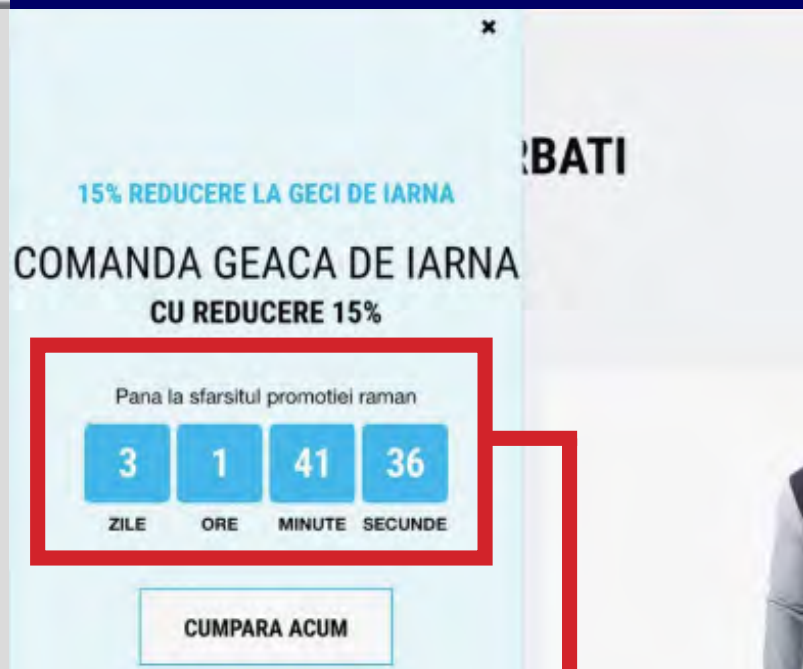
El ejemplo que se muestra es más grave, puesto que no se usa un icono, sino la frase falsa "mostrar más", que implica añadir a la cesta de la compra.



8 COUNTDOWN TIMER

Es un patrón consistente en introducir marcadores o temporizadores de cuenta atrás para incentivar la compra rápida e impulsiva.

El código está diseñado para que sólo cambien los minutos. La oferta está vigente con independencia del día en que se acceda a la página.



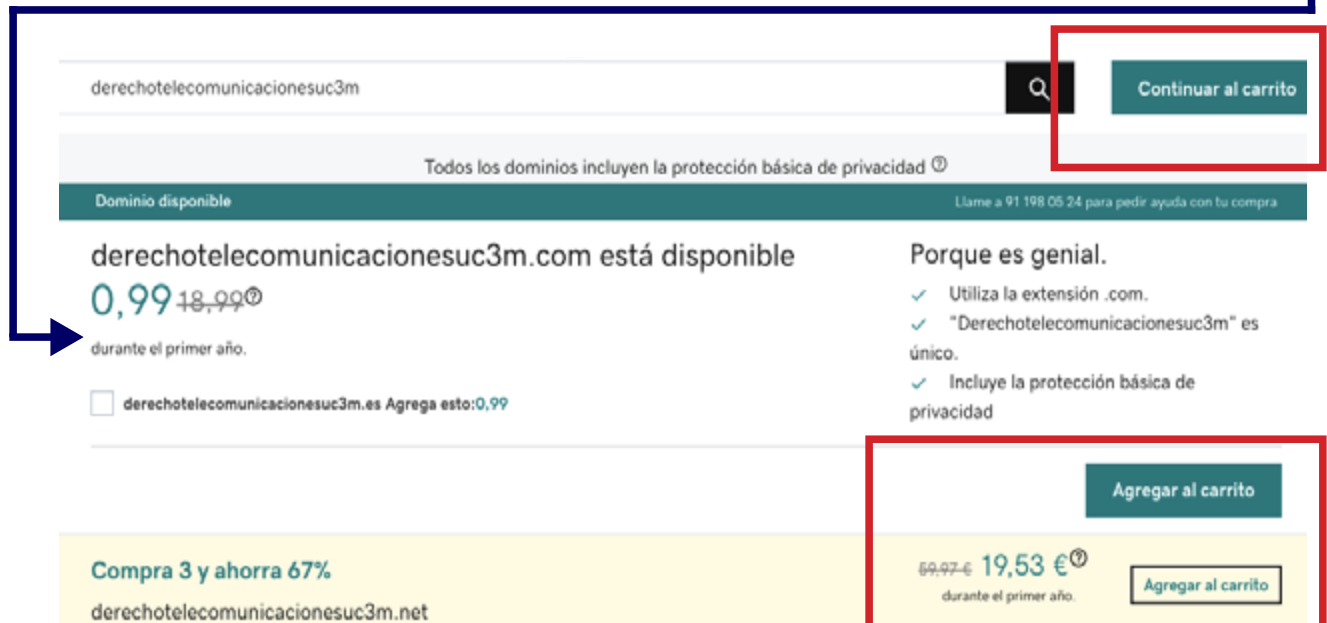
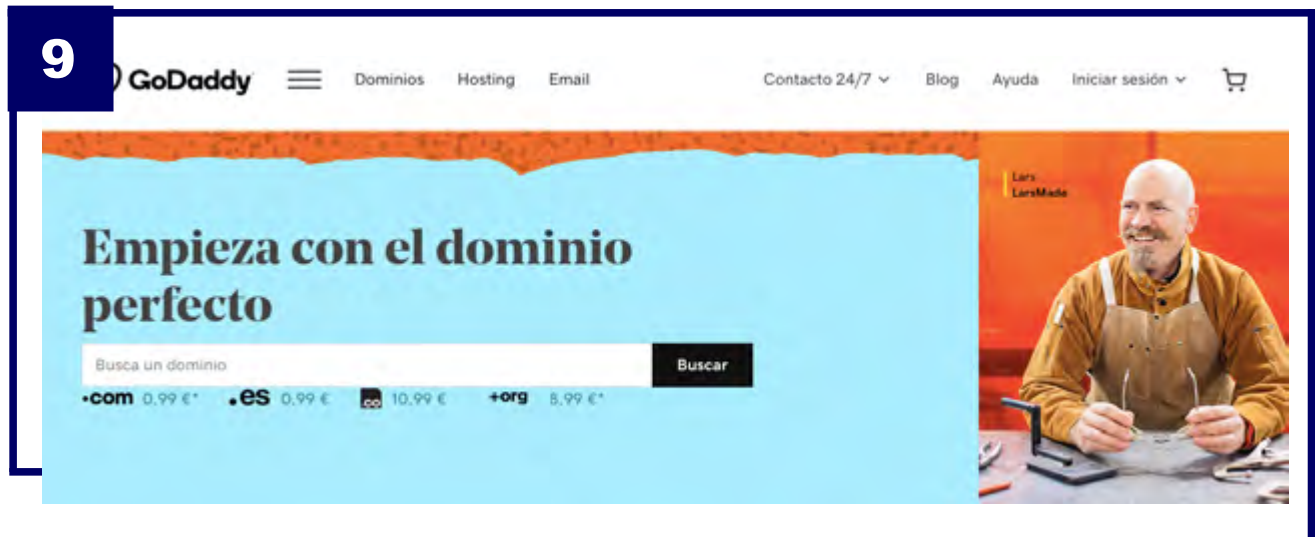
```

}), $(".promo-timer .promo-table").size() > 0 && setInterval(function() {
  var e = parseInt($(".promo-timer").attr("rel"), 10),
      t = Math.floor(e / 3600 / 24 - 1),
      a = Math.floor(e / 3600 % 24),
      n = 59 - Math.floor(e % 3600 / 60),
      o = 59 - e % 60;
  n < 10 && (n = "0" + n), o < 10 && (o = "0" + o), $(".promo-timer .promo-table")
}, 960), $(function() {

```


SNEAK INTO BASKET

Sneak into basket es aquel patrón que busca que un usuario que pretende comprar algo vaya añadiendo ítems adicionales a su cesta a lo largo del proceso de compra. Generalmente, mediante el empleo de técnicas como casillas premarcadas y discretas en páginas o pasos de compra.



Godaddy es una empresa registradora de nombres de dominios. En su primera interfaz te ofrece el servicio por un precio relativamente bajo.

Sorprendentemente, al avanzar, el precio incrementa. El diseño está pensado para que el usuario caiga en el error de comprar la protección de privacidad.

PATRONES DE RESTRICCIONES

Algunos de los patrones se aprovechan de restringir las opciones de los consumidores y usuarios para poder obtener el resultado deseado.

HARD TO CANCEL

Es una técnica en la que normalmente coinciden dos condiciones, si bien sólo la última es el patrón oscuro en sí misma: páginas webs en las que crearse una web o darse de alta en una suscripción es muy fácil, pero que la baja requiere de mucho más esfuerzo; bien por no estar escondida en lugares inusuales (como FAQs) o bien porque requiere contactar con el servicio correspondiente de la compañía.

Car2Go

HARD

You need to call customer support and even after that can take weeks before confirmation of deletion

[HIDE INFO...](#)

Elpais

HARD

Complete the form, they will send you an email where you must respond indicating the identity document.

[HIDE INFO...](#)

▶ ¿Alguna vez has probado a intentar dar de baja la cuenta de Amazon?

▶ ¿Y la de Spotify? ¿La de adobe?

Lo cierto es que la situación es tal que existen listas negras de sitios en los que es imposible borrar la cuenta. Como por ejemplo, la de [Sud Ouest](#).

Además de ello, algunos usuarios han creado portales en los que se albergan los enlaces de cancelación de diferentes páginas webs, como Just Delete Me.

PATRONES DE OBSTRUCCIÓN

Engloban tácticas de diseño web que crean la sensación de que una acción es demasiado difícil de efectuar o, incluso, imposible, con el fin de que el usuario desista en su propósito.



10 FORCED CONTINUITY

Son patrones que requieren al usuario, en el momento de registro, cierta información con el fin de garantizar su permanencia en el servicio prestado. Normalmente se requerirán datos bancarios en los casos en los que se oferta un periodo de prueba gratuito, con el objetivo de garantizar su continuidad una vez finalice.



11 FORCED ACTION

Consiste en obligar al individuo a realizar una acción específica para acceder a una funcionalidad



Servicios como Facebook muestran notificaciones falsas con el fin de que el usuario realice una acción. En el ejemplo expuesto, se trata de una notificación irreal que pretende que el usuario se descargue la app Messenger.

12 COMPARISON PREVENTION

Es un patrón empleado por el diseñador web con la intención de evitar u obstaculizar la posibilidad de que el usuario pueda comparar los precios o el contenido de cada ítem, de forma que no pueda tomar una decisión informada.

The image shows a comparison of two apartment listings on a travel website. The first listing, 'Plaza de la merced / Calle alamos', is priced at 64€ per night with a 4.3/5 rating. The second listing, 'Piso céntrico y acogedor con 3 dormitorios. Para turism...', is priced at 70€ per night with a 4.6/5 rating. Both listings have a 'Guardar' (Save) button. To the right, two reservation summary pop-ups are shown, detailing costs for 2 nights, including taxes and deposits, with a total of 127.78€ and 139.78€ respectively.

Homeaway es un servicio de la sociedad de la información que permite a sus usuarios encontrar distintas clases de alojamiento. El comparador te muestra el precio del hospedaje por noche. Otros cargos adicionales, como los servicios de limpieza, no se muestran hasta la reserva. Además, para poder visualizarlos es imprescindible darle al botón "Ver detalles".

13 ROACH MOTEL

Son patrones que facilitan la posibilidad de que el usuario llegue a una situación concreta de la cual no es fácil salir. Pueden presentar distintas variantes: desde los casos en los que el registro no permite no aceptar el envío de comunicaciones comerciales, hasta la presentación de las opciones de forma capciosa.

The image shows a travel insurance selection screen. A dropdown menu is open, showing options for 'Buy' and 'Don't insure Me'. The 'Don't insure Me' option is circled in red. The background text says 'if you wish to purchase travel insurance, please select your country of residence' and 'please select "Don't insure me" in the drop-down box. flyanair insurance'.

PATRONES QUE EXPLOTAN SESGOS COGNITIVOS

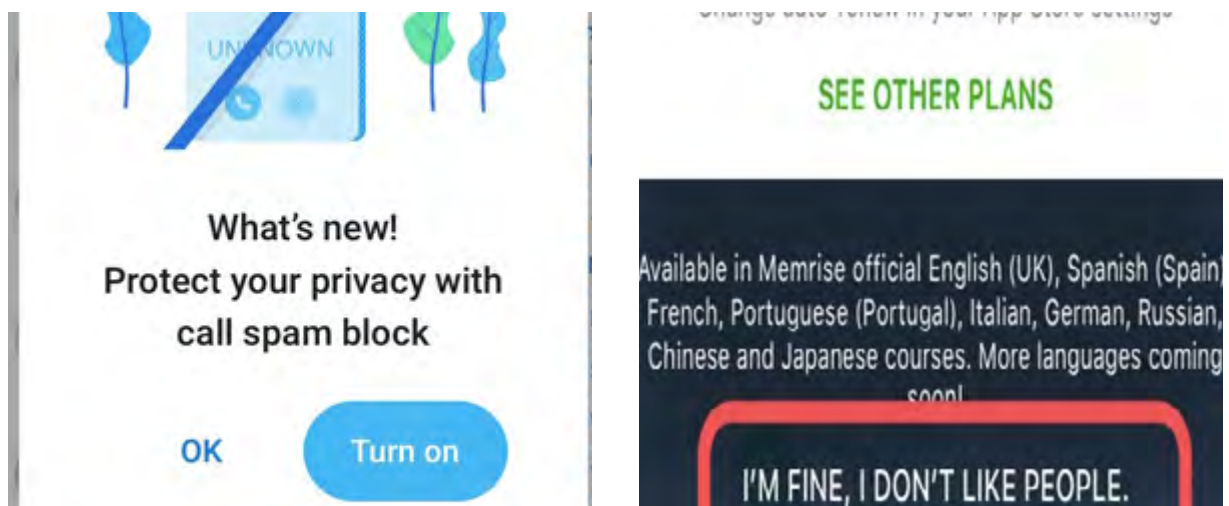
14 MISDIRECTION

En esta categoría se incluyen diferentes tipos de patrones oscuros.



CONFIRMSHAMING

Esta técnica consiste en solicitar al usuario que realice alguna opción o el alta en algún servicio. En caso de no hacerlo, la página web emitirá algún tipo de mensaje para que el receptor se sienta culpable, avergonzando, etc.

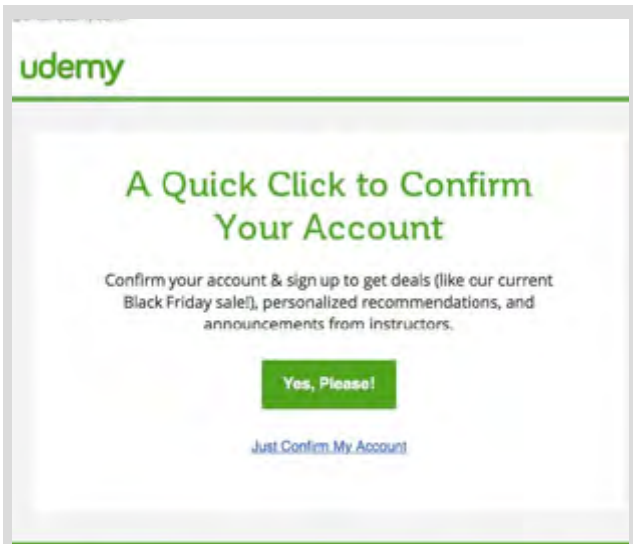


TRICK QUESTIONS

Las opciones se formulan de forma capciosa, de tal forma que el usuario puede confundirse a la hora de tomar una decisión.

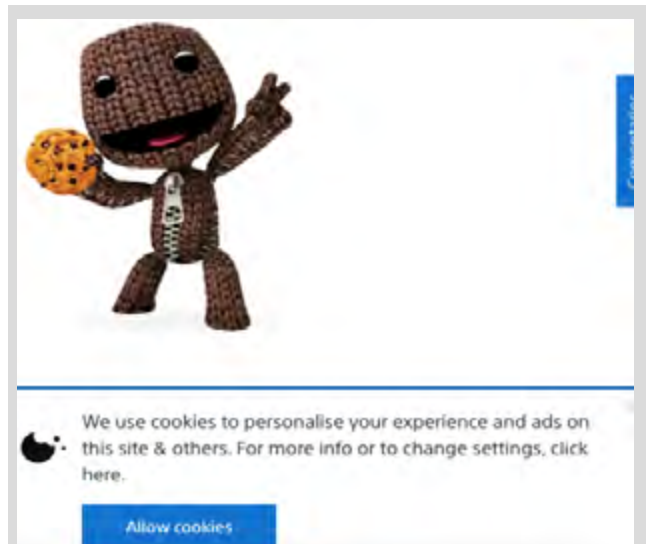
- En el primer ejemplo que se expone, ¿cuáles son las opciones del usuario?

En el segundo ejemplo, las opciones se redactan de forma que se disuade al usuario de rechazar la membresía.



VISUAL INTERFERENCE

Se sirve de la presentación del diseño para influir en las decisiones. El ejemplo, se trata de un correo que se envía al usuario tras la creación de la cuenta. Aunque es similar al de “confirmar dirección”, su fin es obtener el consentimiento para el tratamiento.



IMPROVING THE EXPERIENCE

En ocasiones se utiliza la excusa de “mejorar la experiencia” con la intención de seducir al usuario para compartir sus datos. El ejemplo es la página de Play Station UK, donde no se ofrece más opción que aceptar las cookies.

PRESSURE SELLING. SCARCITY

se vale de valores predeterminados, que en ocasiones pueden generar una alta presión en el usuario para que compre un producto, bien inmediatamente o bien de forma más cara (*upselling*) o en conjunto con otros productos relacionados (*cross-selling*).

Accommodation Type	Sleeps	Price for 3 nights	Your benefits	Quantity	
Deluxe Studio In high demand! Choose your bed: <input type="radio"/> 1 double bed <input type="radio"/> 1 large double bed Air conditioning, Private bathroom, Flat-screen TV, Soundproofing, Shower, Refrigerator, Toilet, Heating, Stovetop, Hypoallergenic, Towels, Linen, Dining table. Prices are per room for 3 nights Included: 18 % VAT, 4 % City tax	2	genius € 117.96 € 107.53 € 107.53 Great Value	Breakfast € 10 (optional) FREE cancellation before 23:59 on 15 January 2018 NO PREPAYMENT NEEDED - pay at the property 10% Genius discount included	0 Only 6 left on our site!	I'll reserve Confirmation is immediate
Deluxe Apartment Prices are per apartment for 3 nights	2	You just missed it. The last room on our out 3 days ago for € 95.	Jackpot! This is the cheapest price you've seen in Budapest for your dates! 3 nights (Tue 23 Jan - Fri 26 Jan)		

Los buscadores de alojamientos como Booking o Expedia han empleado estas técnicas masivamente.

Recientes expedientes sancionadores de diferentes autoridades han permitido corregir ciertos aspectos. De esta forma, el antiguo “sólo queda una habitación”, ahora añade “como esta”.

ANEXO II.
CUADRO RESUMEN DE
CONCLUSIONES

Patron	DDC	DMIP	DPCD	RGPD	DPEPC	eCommerce
Ease						
Attention diversion						
Hidden costs						
Disguised Ads						
Friend spam						
Safety blackmail						
Sneak into basket						
Bait and switch						
Countdown timer						
Just between you and us						
Improving the experience						
Hard to cancel						
Forced continuity						
Forced action						
Comparison prevention						
Roach motel						
Misdirection						
Confirmshaming						
Visual interference						
Trick question						
Pressured selling						
Last minute consent						