

Aspectos jurídicos del diseño de las interfaces digitales

En especial, los patrones oscuros

María Natalia Mato Pacín



Derecho Privado

ASPECTOS JURÍDICOS DEL DISEÑO
DE LAS INTERFACES DIGITALES
EN ESPECIAL, LOS PATRONES OSCUROS

COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO

Director

Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid,
Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

Consejo Asesor

Antonio Pau Pedrón, Registrador de la Propiedad. Notario. Abogado del Estado. Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación.

José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

María Paz García Rubio, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Nieves Fenoy Picón, catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

Justo García Sánchez, catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo (X).

Aspectos jurídicos del diseño de las interfaces digitales En especial, los patrones oscuros

MARÍA NATALIA MATO PACÍN



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2024

Primera edición: junio de 2024.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

- © De los contenidos su autora
- © Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-24-162-4 (edición en papel)
144-24-163-X (edición en línea, PDF)
144-24-164-5 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-2995-8

Depósito legal: M-14289-2024

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

A Daniel

Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación nacional financiado por la Fundación Ramón Areces (XX Concurso Nacional para la Adjudicación de Ayudas a la Investigación en Ciencias Sociales) y titulado «Optimización de la transparencia en los contratos online para una innovación económica en la industria minorista: Investigación interdisciplinar a través del análisis jurídico y experimentos empíricos sobre el comportamiento del consumidor», del que la autora es Investigadora Principal

ÍNDICE

	Páginas
ABREVIATURAS	11
I. INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO DEL DISEÑO DE LAS INTERFACES DE USUARIO EN EL ENTORNO DIGITAL ACTUAL	13
II. MANIFESTACIONES DE LA PREOCUPACIÓN POR EL <i>LEGAL DESIGN</i> EN EL MEDIO DIGITAL: CUANDO EL DISEÑO IMPORTA	19
1. Requisitos de formato de la información precontractual	19
2. El uso de hipervínculos para ofrecer información al usuario	25
3. La legibilidad y accesibilidad de las condiciones generales de la contratación	29
4. Configuración del botón de prestación del consentimiento	34
5. Recomendaciones y tendencias sobre el diseño del proceso de contratación en línea	40
6. Protección de datos personales desde el diseño	48
III. LOS PATRONES OSCUROS EN EL DISEÑO DE LAS INTERFACES DE USUARIO	51
1. Aproximación al concepto de patrones oscuros o <i>dark patterns</i>	51
2. Incidencia de la inteligencia artificial y las técnicas de personalización	53
3. Clasificación abierta de los patrones oscuros	54

	Páginas
4. Efectos de los patrones oscuros	61
4.1 Algunos datos sobre su impacto.....	61
4.2 Del impacto individual al impacto colectivo	62
5. Marco normativo y límites jurídicos para abordar los patrones oscuros	66
5.1 Vicios del consentimiento	66
5.2 Normativa sobre protección de datos personales: Reglamento General de Protección de Datos y Ley Orgánica de Protección de Datos	69
5.3 Normas de protección de los consumidores: el Texto Refundido de Defensa de los Consumidores y Usuarios	77
5.4 Normas de protección de los consumidores: la Ley de competencia desleal	83
5.5 El Reglamento de Servicios Digitales	92
5.6 Reglamento de Mercados Digitales	97
5.7 Reglamento de Datos	100
5.8 Reglamento de Inteligencia Artificial	103
5.9 Sectores con especiales pronunciamientos europeos sobre patrones oscuros	108
5.9.1 Servicios financieros a distancia: la Directiva (UE) 2023/2673	108
5.9.2 Redes sociales	111
5.9.3 Videojuegos	112
6. Interacción entre normas	115
6.1 RGPD, LOPD y Reglamento de Datos	115
6.2 Normativa de protección de datos personales y Reglamento de Inteligencia Artificial	116
6.3 Reglamento de Servicios Digitales y TRLGDCU	118
6.4 Reglamento de Servicios Digitales y normativa de competencia desleal	119
6.5 Reglamento de Servicios Digitales y Directiva de servicios financieros a distancia	121
7. Complementariedad de prohibiciones específicas y cláusulas generales	122
8. Enfoque individual y enfoque colectivo de los remedios y mecanismos de control	125
9. El usuario medio es también usuario vulnerable frente a los patrones oscuros	128
BIBLIOGRAFÍA	135

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

<i>AEPD</i>	<i>Agencia Española de Protección de Datos</i>
<i>AECOSAN</i>	<i>Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición</i>
<i>Art./Arts.</i>	<i>Artículo/Artículos</i>
<i>CNMC</i>	<i>Comisión Nacional del Mercado y de la competencia</i>
<i>CLRI</i>	<i>Computer Law Review International</i>
<i>CHI</i>	<i>Conference on Human Factors in Computing Systems</i>
<i>CDT</i>	<i>Cuadernos de Derecho Transnacional</i>
<i>CIP</i>	<i>Current Issues in Psychology</i>
<i>Cc</i>	<i>Código civil</i>
<i>DCCR</i>	<i>Droit de la Consommation</i>
<i>EDPB</i>	<i>European Data Protection Board</i>
<i>ELI</i>	<i>European Law Institute</i>
<i>ELJ</i>	<i>European Law Journal</i>
<i>EEMM</i>	<i>Exposición de Motivos</i>
<i>EuCML</i>	<i>Journal of European Consumer and Market Law</i>
<i>GT29</i>	<i>Grupo de trabajo del artículo 29</i>
<i>IA</i>	<i>Inteligencia Artificial</i>
<i>ICIS</i>	<i>International Conference on Information System</i>
<i>JCP</i>	<i>Journal of Consumer Policy</i>
<i>JIP</i>	<i>Journal of Information Policy</i>
<i>JLA</i>	<i>Journal of Legal Analysis</i>
<i>LB Maastricht U.</i>	<i>Law Blog, Maastricht University</i>
<i>LCD</i>	<i>Ley de Competencia Desleal</i>
<i>LEC</i>	<i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i>
<i>LCGC</i>	<i>Ley de condiciones generales de la contratación</i>
<i>LI&T</i>	<i>Law, Innovation and Technology</i>
<i>LSSI</i>	<i>Ley de servicios de la sociedad de la información</i>
<i>LOPD</i>	<i>Ley Orgánica de Protección de Datos Personales</i>
<i>NBER</i>	<i>National Bureau of Economic Research</i>

■ ASPECTOS JURÍDICOS DEL DISEÑO DE LAS INTERFACES DIGITALES. EN ESPECIAL...

<i>PPET</i>	<i>Proceedings on Privacy Enhancing Technologies</i>
<i>RD</i>	<i>Retail Detail</i>
<i>RLM</i>	<i>Revista Lex Mercatoria</i>
<i>RMD</i>	<i>Reglamento de Mercados Digitales</i>
<i>RSD</i>	<i>Reglamento de Servicios Digitales</i>
<i>RGPD</i>	<i>Reglamento General de Protección de Datos</i>
<i>RCDI</i>	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
<i>RDC</i>	<i>Revista de Derecho civil</i>
<i>SAP</i>	<i>Sentencia de Audiencia Provincial</i>
<i>SNV</i>	<i>Stiftung Neue Verantwortung</i>
<i>TPP</i>	<i>Tech Policy Press</i>
<i>TRC</i>	<i>TechReg Chronicle</i>
<i>TRLGDCU</i>	<i>Texto Refundido de Defensa de los consumidores y usuarios</i>
<i>TILEC</i>	<i>Tilburg Law and Economics Center</i>
<i>TJUE</i>	<i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
<i>UCLR</i>	<i>The University of Chicago Law Review</i>

I. INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO DEL DISEÑO DE LAS INTERFACES DE USUARIO EN EL ENTORNO DIGITAL ACTUAL

La creciente digitalización de la sociedad y el desarrollo de las tecnologías han provocado, desde hace tiempo, evidentes transformaciones sociales y económicas. Es indiscutible el cambio en la forma en la que los sujetos interactúan, habiéndose producido un cierto trasvase desde el mundo físico al entorno digital. Este fenómeno, además, es transversal y no se limita a un crecimiento de las compras en línea de bienes de consumo, sino que también ha provocado el desarrollo exponencial de un mercado de servicios y contenidos digitales (por ejemplo, suministro de servicios en *streaming* de películas, series o música, videojuegos, almacenamiento en la nube, descarga de *ebooks* o archivos de música) así como la transformación de sectores tradicionales como podría ser el de seguros o el financiero, que se han tenido que adaptar al medio digital.

El contacto entre el usuario y el empresario en el entorno digital se produce a través de la interfaz del dispositivo que se maneje, que puede ir desde un ordenador hasta el teléfono móvil, pasando por una *Tablet* o, incluso –gracias al *IoT (Internet of Things)*–, un dispositivo conectado. Este hecho convierte a la interfaz en un elemento clave para la comunicación entre ambos y, en concreto, en lo que a este trabajo concierne, para la comunicación con relevancia legal. Así las cosas, no es de extrañar la trascendencia que está cobrando en los últimos tiempos, entre otros, el diseño de las páginas web y aplicaciones informáticas en lo que a la interacción o los procesos de contratación con los usuarios se refiere, integrando los –crecientes– requisitos legales de información, fórmulas de petición del consentimiento, acceso a clausulados predispuestos o tratamiento de datos personales, cuya implicación en el entorno digital es innegable.

Desde el punto de vista del comportamiento del usuario, hay que tener en cuenta que el éxito de la comunicación a través de la interfaz no solo depende del contenido de la información –esto es, sobre *qué* se informa–sino también del modo en el que se proporciona dicha información –*cómo* y *cuándo* se informa–¹. Esta idea se inscribe en lo que se denomina de manera genérica como *legal design*, un concepto de total actualidad en los últimos años y que plantea diseñar los procesos con implicaciones jurídicas de una forma más intuitiva, inclusiva y eficiente para todas las partes implicadas².

Conscientes de este escenario, desde todos los sectores empresariales se invierte de manera creciente en el diseño de páginas web, aplicaciones o *software* de tal modo que puedan ofrecer a sus usuarios y clientes una experiencia más sencilla y satisfactoria. Para ello se utilizan patrones de diseño que, mediante el análisis de los sesgos cognitivos y afectivos de los sujetos, anticipan su comportamiento y permiten lograr una configuración de la interfaz (una «arquitectura de elección» u *Online Choice Architecture*, en terminología inglesa) adecuada a los objetivos. El problema reside en que estas técnicas de presentar las distintas opciones en una interfaz pueden no ser neutrales sino estar encaminadas a influir, más o menos sutilmente, en el comportamiento del usuario de tal manera que sus decisiones no sean racionales o coherentes con sus preferencias. No hay que olvidar que es en internet donde más expuesto está el usuario y, de hecho, se habla de un nuevo tipo de asimetría de la información, pues a la tradicional situación en la que el empresario tiene más conocimientos que el usuario sobre el producto o servicio comercializado, se añade que el empresario sabe también más sobre el usuario que el propio usuario, como consecuencia de toda la información que genera su actividad en línea³. Surgen, así, los conocidos como patrones oscuros o *dark patterns*, técnicas mediante las que los diseñadores utilizan su conocimiento sobre el comportamiento humano para implementar características o pasos engañosos que no se alinean con lo que es mejor para el usuario.

Esta situación no ha pasado desapercibida para el legislador europeo, que ha mostrado su preocupación por asegurar la transparencia y la privacidad en las interacciones en el contexto digital, buscando no solo garantizar los dere-

¹ Por todos, ROSSI, A.; DUCATO, R.; HAPIO, H.; PASSERA, S., *DCCR*, pp. 79 ss.; SEIZOV, O.; WULF, A. J.; LUZAK, J., *JCP*, p. 19.

² DOHERTY, M.; CORRALES, M.; HAPIO, H.; HAGAN, M., 2021, pp. 2 y 3. Concretamente, HAGAN, M., 2016, define el *legal design* como la aplicación del diseño centrado en el ser humano al mundo del Derecho, para hacer que los sistemas y los servicios jurídicos estén más centrados en el ser humano y sean más satisfactorios y fáciles de usar. Acerca del *legal design* ver también (THE) LEGAL DESIGN ALLIANCE (LeDA).

³ MIK, E., *LI&T*, p. 13.

chos de los usuarios sino también, en última instancia, asegurar el correcto y eficiente funcionamiento del mercado y la economía en su conjunto. No hay que olvidar que, aunque este fenómeno no es nuevo, su peligro se ve potenciado en la actualidad por el desarrollo del *big data* y de la inteligencia artificial, cuyo uso de los algoritmos automatizados permite una mayor personalización de las técnicas e intensifica la vulnerabilidad de los usuarios. A tal efecto, son numerosas las iniciativas legislativas recientes –algunas en vigor, otras en tramitación– que abordan específicamente los límites del diseño de las interfaces, esto es, los patrones oscuros, comenzando por el Reglamento de Mercados Digitales (en adelante, RMD) y el Reglamento de Servicios Digitales (en adelante, RSD), aprobados en septiembre y octubre de 2022, respectivamente. Por otra parte, la Comisión Europea está inmersa ahora en un proceso de revisión de la aptitud de la normativa comunitaria transversal en materia de consumo para asegurar un nivel alto de protección en el ámbito digital, a la vista del vertiginoso progreso tecnológico y su impacto en la experiencia del consumidor («*Fitness Check of EU consumer law on digital fairness*», que comenzó en mayo de 2022 y prevé finalizar con conclusiones en el segundo trimestre del 2024).

Partiendo de estas consideraciones preliminares, en las próximas páginas procederemos a presentar una aproximación al fenómeno del diseño de las interfaces de usuario y una visión clara y estructurada de aquellos aspectos que pueden ser relevantes desde el punto de vista jurídico. Para ello tomaremos principalmente en consideración tanto la normativa y jurisprudencia europeas como las de ámbito nacional. Es de advertir que, aunque el presente se trata de un trabajo de corte jurídico, la materia exige un enfoque multidisciplinar. El análisis de la delimitación y los posibles remedios frente a prácticas de diseño de interfaces ilícitas no puede escindirse del estudio del comportamiento humano y requiere de una simultánea valoración del impacto de las distintas opciones de arquitectura digital en el modo en el que los usuarios se relacionan y forman su voluntad en este entorno. Así, serán frecuentes las referencias a estudios empíricos sobre el comportamiento del consumidor, como herramienta necesaria para entender y abordar la regulación de los patrones de diseño.

Si bien es en la actualidad cuando estamos viviendo una innegable ola de interés en las técnicas de diseño del entorno digital y, en especial, en los patrones oscuros, al volver la vista a normas o resoluciones ya existentes en nuestro sistema jurídico se revela una cierta conciencia previa acerca de la importancia del formato, especialmente en el medio digital. A esta cuestión dedicaremos el epígrafe II. Esta conciencia previa se demuestra, en primer lugar, por las exigencias de claridad, comprensibilidad y accesibilidad de los deberes de información precontractual o de transparencia en los contratos de consumo, refor-

zados recientemente en el caso de consumidores vulnerables. También por el hecho de que los clausulados no negociados deban superar una serie de requisitos formales relacionados con su apariencia y presentación en la página web o aplicación para poder ser oponibles al adherente.

Que la preocupación por el formato no es un fenómeno radicalmente nuevo se evidencia, asimismo, a través de la existencia de algunas resoluciones que se pronuncian sobre el uso de técnicas de diseño de las interfaces, como los hipervínculos o los botones por los que se finaliza una compra en línea, valorando su oportunidad o qué características concretas deben presentar para que el consentimiento tenga efectos jurídicos. Del mismo modo, haremos una revisión de algunas iniciativas –entre ellas, empresariales, a modo de código de conducta– para un mejor diseño del proceso de contratación en línea con los consumidores y, en especial, de ciertos momentos del mismo, como es el ejercicio de la facultad de desistimiento en contratos de tracto sucesivo (véase, principalmente, suscripciones), cuyo formato está en cuestión en la actualidad.

Por último, es de obligada referencia en materia de transparencia y diseño la normativa de protección de datos personales, pues ya en 2016, el Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD) incluía, de manera novedosa, numerosas reglas que tienen repercusiones claras sobre la forma en la que los empresarios disponen las cuestiones relativas al tratamiento de datos personales en sus interfaces, tanto indirectamente –por ejemplo, exigencia de un consentimiento granular, específico e inequívoco para el tratamiento– como directamente –principio de protección desde el diseño y por defecto–. Aunque será una cuestión a desarrollar al examinar sus opciones como límite a los patrones oscuros, nos ha parecido pertinente incluir una mención explícita dentro de las manifestaciones ya existentes de la preocupación por el diseño en el ámbito digital.

Los aspectos apuntados sobre el diseño de interfaces de usuario en el epígrafe II preparan el terreno para el siguiente apartado (epígrafe III), núcleo del trabajo y en el que nos detendremos, ya con mayor profundidad, en el estudio de la figura de los patrones oscuros. Efectivamente, como veremos, algunas de las prácticas expuestas con anterioridad podrían encajar en esta reciente categoría de patrones oscuros o *dark patterns* que, como habíamos adelantado, es un tema de actualidad presente en la realidad práctica de las páginas web y aplicaciones, en la doctrina y en el foco de las autoridades reguladoras de todo el mundo. Para abordar correctamente este fenómeno, partiremos de una aproximación al concepto y a su tipología desde un punto de vista práctico, a través de ejemplos, algunos de ellos visuales.

Tras exponer las evidencias sobre su impacto pernicioso en el mercado digital, analizaremos críticamente el marco normativo que le sería de aplicación, valorando, respecto de cada una de las normas, no solo las posibilidades de protección de derecho sustantivo sino también los mecanismos procesales de tutela, para poder acercarnos a una conclusión acerca de la suficiencia o no de los límites actuales frente a estas técnicas de diseño engañosas. En esta valoración serán relevantes distintos parámetros. Por un lado, y ante la multitud de normas que en la actualidad abordan o se prevé que vayan a abordar los patrones oscuros, se hace necesario determinar cuál es la relación entre normas cuyo ámbito de aplicación en algún caso puede llegar a solaparse (especialmente relevante resultará, en este sentido, la interacción entre la normativa sobre prácticas desleales y el RSD). Por otro lado, la capacidad de un conjunto normativo para dar cobertura a un problema jurídico no solo viene dada por los supuestos de hecho que prevé sino también por los remedios que articula para poner coto. En este sentido, son de valorar la dimensión individual y, especialmente, la colectiva de las soluciones frente a los patrones oscuros así como la capacidad para proteger a todos los usuarios, teniendo en cuenta que el concepto de usuario vulnerable se desdibuja en cierto modo en el ámbito digital.

Para tener una visión completa, al análisis de normas ya en vigor (entre las más modernas, RMD, RSD, Reglamento de Datos o Directiva de Servicios financieros a distancia), se suma el análisis de otras que todavía no lo están, pero que afectan especialmente a los patrones oscuros, como es el Reglamento de Inteligencia Artificial. Del mismo modo, haremos una mención especial a ciertos sectores notablemente sensibles a patrones oscuros, como son el sector financiero, las redes sociales y los videojuegos.

Hay que poner de relieve que ninguna de las cuestiones tratadas en este trabajo es meramente teórica. A modo de ejemplo, algún tribunal nacional y de otro Estado miembro ha negado validez a cláusulas no negociadas en un contrato concreto por no haber sido correctamente integradas en la interfaz del proceso de contratación en línea o ha negado validez al consentimiento de un consumidor tras hacer clic en el botón de finalización de compra en la página web de un empresario minorista, por las características de este botón. Por otro lado, siguiendo con ejemplos y en materia de protección de datos personales, los empresarios se ven vinculados desde enero de 2024 por unas pautas concretas de diseño a la hora de presentar las ventanas de *cookies* en sus páginas o aplicaciones, como consecuencia de una guía frente a prácticas engañosas. Del mismo modo, en el marco de las múltiples sanciones en protección de datos personales, ya ha recaído una resolución de la Agencia Española de Pro-

tección de Datos que específicamente califica la conducta ilícita sancionada como patrón oscuro (y se han producido más en países vecinos).

En otro orden de ideas y antes de dar paso al trabajo, debemos realizar una precisión terminológica relevante en lo que al ámbito subjetivo se refiere. Si bien una buena parte de los sujetos que interaccionan con las interfaces en el entorno digital revisten la cualidad de consumidores desde el punto de vista jurídico (art. 3 TLGDCU), no en todos los casos coinciden ambos perfiles. También hay sujetos que navegan o contratan en el entorno digital y que lo hacen en el marco de su actividad profesional o empresarial y, de hecho, varias de las normas que aquí se manejan no protegen solo al consumidor sino a cualquier usuario, contrate en el contexto que contrate (Ley de condiciones generales de la contratación (en adelante, LCCG), RGPD, RSD, RMD, Reglamento de Datos, Reglamento de IA). Las cuestiones que aquí se abordarán no son estrictamente exclusivas del Derecho de consumo y de ahí que nos refiramos mayoritariamente a lo largo del trabajo al *usuario* de las interfaces, sin perjuicio de que en ocasiones hablemos de *consumidor* cuando el contexto normativo lo haga adecuado.

II. MANIFESTACIONES DE LA PREOCUPACIÓN POR EL *LEGAL DESIGN* EN EL MEDIO DIGITAL: CUANDO EL DISEÑO IMPORTA

1. REQUISITOS DE FORMATO DE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

La razón de ser de los deberes de información precontractual reside en la posición desigual de consumidor y empresario respecto de la relación contractual y, en concreto, en la situación de asimetría informativa que la caracteriza. Como sabemos, mientras que el empresario posee mayor información y a menos coste sobre los bienes o servicios que ofrece al mercado y sobre las características e implicaciones del contrato, el consumidor es un profano en la materia y confía en el carácter profesional y de experto del empresario¹. Esta relación desigual se acentúa todavía más en los contratos en línea, a lo que se suma la sencillez de la celebración de los negocios jurídicos, que puede conducir a una contratación irreflexiva e inmediata². En este contexto, los deberes precontractuales de información tienen como propósito garantizar que el consumidor pueda comparar entre las distintas ofertas en el mercado y favorecer

¹ GÓMEZ CALLE, E., 1994, pp. 12-15 y 23-24.

² SÁNCHEZ GÓMEZ, A., 2015, p. 1491; GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., 2020, p. 1926. En este sentido, aunque no referida exclusivamente a los deberes de información precontractual, nos parece muy útil para contextualizar este tipo de contratación la idea que expone SÁNCHEZ LORENZO, S. A., *La Ley UE*, p. 5 (versión electrónica): el enfoque jurídico de la eficacia de los contratos en línea no puede perder de vista la forma en la que se celebran estos contratos, pues, si bien todo el mundo es consciente de que la firma de un documento físico implica compromiso y no puede firmarse frívolamente, no ocurre lo mismo respecto de los clics en las pantallas de los ordenadores u otros dispositivos. A esto se suma que el usuario debe enfrentarse a múltiples ventanas abiertas con distintas finalidades –algunas simplemente publicitarias– y tiende a cerrar las ventanas molestas por la vía rápida de hacer clic rápidamente (el *quick-clicking*, como lo denomina el autor), aceptando en ocasiones cualquier condición con tal de aligerar la navegación.

las condiciones de transparencia y competencia³ así como advertirle del alcance jurídico y económico del compromiso que adquiere y cuáles son los derechos y obligaciones que se derivan de él⁴.

Para que estos objetivos puedan cumplirse, el contenido de la información tiene que llegar al consumidor o, al menos, estar en disposición de poder llegar. Siendo consciente de esto el legislador, junto con una enumeración de los elementos respecto de los que hay que proporcionar información al consumidor antes de que este quede vinculado, tanto el Texto Refundido de Defensa de los consumidores y usuarios (en adelante, TRLGDCU) como la Ley de servicios de la sociedad de la información (en adelante, LSSI) contienen ciertas previsiones especiales sobre su formato, algunas abordadas de manera común con el resto de los contratos, otras teniendo en cuenta las especificidades de la contratación a distancia electrónica.

Para empezar, el artículo 97.1 TRLGDCU, en sede de contratos a distancia, impone al empresario la obligación de facilitar «de forma clara y comprensible, con especial atención en caso de tratarse de personas consumidoras vulnerables, a las que se les facilitará en formatos adecuados, accesibles y comprensibles», la información precontractual (en el mismo sentido, art. 98.1). ¿Qué implica la claridad y comprensibilidad de la información? El legislador, al igual que en otros casos en los que utiliza esta fórmula (por ejemplo, el art. 60 TRLGDCU), no entra en detalle, pero se ha entendido que no cumpliría estos requisitos información que utilizara un lenguaje excesivamente técnico sin que resultara imprescindible o formulaciones que fueran demasiado largas para el tipo de contrato⁵. Tampoco aquella información que estuviera en un idioma distinto al del contrato⁶ o que utilizara términos vagos⁷. Ya centrándonos en el formato de la información estrictamente hablando, es un hecho que se tienen en cuenta, siquiera desde una aproximación general, las posibles limitaciones de los dispositivos a través de los que se puede llevar a cabo la contratación a distancia:

– Se flexibiliza la obligación del empresario de facilitar información cuando en el artículo 98.1 TRLGDCU se señala que habrá que estar a las técnicas de comunicación a distancia utilizadas⁸. Siendo consciente de la

³ GÓMEZ CALLE, E., 1994, p. 19.

⁴ CÁMARA LAPUENTE, S., 2011a, p. 489; LÓPEZ MAZA, S.; GARCÍA VICENTE, J. R., 2015, pp. 825-830; ÁLVAREZ MORENO, M. T., 2023, pp. 114-116; GARCÍA VICENTE, J. R., 2020, pp. 1859-1863.

⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, p. 236; ROSSI, A.; DUCATO, R.; HAAPIO, H.; PASSERA, S., *DCCR*, p. 92.

⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2011, p. 698.

⁷ ROSSI, A.; DUCATO, R.; HAAPIO, H.; PASSERA, S., *DCCR*, p. 92.

⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2011, p. 698; Díez GARCÍA, H., 2014, p. 165.

velocidad y ligereza con la que en ocasiones se concluyen los *contratos en línea* así como de la necesidad de adaptación a los distintos dispositivos utilizados para ellos, cuando existe una obligación de pago, el artículo 98.2 aporta una pauta para priorizar la información que entiende que es necesario que conozca el consumidor para que se cumpla el objetivo de la información precontractual y que, por tanto, debe proporcionarse de una manera clara y *destacada* en la interfaz y *justo antes* de efectuar el pedido: las características principales del bien o servicio, el precio total, la duración del contrato –y, en su caso, cómo resolverlo– y si existe algún compromiso de permanencia. Entendemos que el consumidor conoce la identidad del empresario porque está contratando en su página web o aplicación y de ahí que no aparezca como un dato básico. Por otro lado, a pesar de la importancia del derecho de desistimiento, este elemento no aparece en el listado. Es posible, en todo caso, que al empresario le interese destacar de alguna manera el dato para reducir al máximo el riesgo de que el consumidor alegue no haber sido informado y, por tanto, de que se extienda el plazo mínimo legal de 14 días *ex artículo 105 TRLGDCU*⁹.

En este contexto, se ha sostenido, con acierto, a nuestro juicio, que no podrá proporcionarse esta información básica mediante el reenvío a otra página web o a otra ventana o mediante un archivo pdf al que haya que acceder haciendo clic en un botón¹⁰. Así se confirma por las Directrices de la Comisión Europea relativas a la Directiva 2011/83/UE, al exigir que el consumidor pueda ver esta información y leerla antes de realizar el pedido sin verse obligado a salir de la página utilizada para realizar el mismo¹¹. Respecto del resto de los elementos, este mismo documento aclara que, dado el volumen de información precontractual del artículo 97, si no fuera posible facilitar toda la información obligatoria de manera clara y comprensible en una sola página, deberá facilitarse en el momento en que sea más pertinente durante el proceso de contratación con la intención de evitar las páginas excesiva-

⁹ También se menciona especialmente la información sobre las condiciones de entrega –si hubiera alguna restricción– y las modalidades de pago aceptadas (art. 98.3). No se exige que se destaquen estos dos datos, pero no deben mencionarse únicamente en las condiciones generales del comerciante o en páginas separadas que no estén claramente etiquetadas y a las que, por tanto, no es probable que los consumidores accedan durante su sesión de compra (COMISIÓN EUROPEA, 2021, p. 44).

¹⁰ Díez GARCÍA, H., 2014, p. 201. A SANTOS MORÓN, M. J., 2017, p. 663 le parece dudoso si lo establecido supone un aligeramiento de la obligación precontractual de información o, al contrario, se trata de que, al margen de estar obligado a facilitar al consumidor toda la información recogida en el artículo 97, el empresario debe garantizar que el consumidor conozca efectivamente la expresada en el precepto.

¹¹ COMISIÓN EUROPEA, 2021, p. 44.

mente largas en las que el usuario tenga que desplazarse muy hacia abajo¹². Volveremos sobre esto en el siguiente apartado (II.2).

Aunque el artículo 98.2 hace referencia como elementos a destacar especialmente los contenidos en las letras a), e), p) y q) del artículo 97.1 TRLGDCU, consideramos que las letras s) y t) también se podrían llegar a incluir en la medida en que la información sobre la funcionalidad y la compatibilidad e interoperabilidad de un bien con elementos digitales puede formar parte de las características principales de los bienes o servicios, en el sentido de decisivas para tomar la decisión sobre el contrato.

En cuanto al modo de presentar el precio, la sentencia del TJUE de 15 de enero de 2015, asunto C-573/13 (*Air Berlin v. BVV*), respecto de la contratación en internet de servicios aéreos, advirtió que el precio final que debe pagar el cliente ha de precisarse cada vez que se indiquen los precios de las distintas opciones, incluida la primera vez que aparezcan en pantalla, y que ha de precisarse, no solo respecto del servicio aéreo seleccionado por el cliente, sino también respecto de cada servicio aéreo cuya tarifa aparezca en pantalla. Es decir, prácticas como dejar gastos inherentes a la ejecución del viaje –que es seguro que van a formar parte del precio final a pagar por el cliente– en un momento final del proceso de reserva, cuando ya están introducidos los datos y se va a proceder al pago, no serían conformes a Derecho. Esta práctica puede resultar provechosa para el sitio de internet porque le permite captar clientes atraídos por un precio «base» reducido que, una vez sumados otros conceptos –por ejemplo, costes de gestión–, no se echan atrás en la operación por el esfuerzo invertido en completar todos los datos hasta ese momento. El hecho de que, para conocer el precio final real de un vuelo sea necesario realizar una simulación, limita las posibilidades de comparación entre ofertas, uno de los objetivos del mecanismo de información precontractual.

– Por otro lado, es un hecho que las posibilidades del empresario para hacer llegar la información precontractual al consumidor no son las mismas si este está contratando a través de un ordenador, un *smartphone* o una televisión que si lo está haciendo desde cualquier otro dispositivo conectado. Las pantallas y, por tanto, la cantidad y el formato de la información necesariamente varían. De ahí que, si el *espacio para transmitir la información fuera limitado*, el empresario tendrá que encargarse de facilitar al consumidor antes de la celebración del contrato, como mínimo, información sobre los elementos que hemos citado en el párrafo anterior más –ahora sí– información sobre el derecho de desistimiento (art. 98.4). Nótese que la diferencia parece residir, en nuestra opinión, en que en el punto anterior toda la información debe estar en la interfaz, solo que resaltándose los aspectos seleccionados por la norma,

¹² COMISIÓN EUROPEA, 2021, pp. 22-23.

mientras que aquí solo se exige que esté esta información básica, pudiendo facilitarse el resto de manera apropiada acorde a las técnicas de comunicación a distancia (arts. 98.4 *in fine* y 98.1). En virtud de la remisión a la LSSI del artículo 98.10 TRLGDCU, esta forma bien puede ser una indicación de la dirección de internet en la que se puede consultar toda la información (artículo 27.1 *in fine*, respecto del diseño del proceso de contratación a través de dispositivos con pantallas de formato reducida¹³). En todo caso, a la vista de cómo son hoy la mayor parte de los *smartphones*, no creemos que haya limitaciones para poder proporcionar en la interfaz, no solo estrictamente esta mínima información –que debe estar, eso sí, destacada–, sino toda (tanto si se contrata a través de la página web, como si lo hace a través de la aplicación del empresario). Pero la flexibilización sí puede ser interesante para dispositivos o bienes inteligentes con pantallas más reducidas o limitadas.

– Como novedad tras la reforma producida por el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, el artículo 97 bis, apartado 1, letra a) TRLGDCU, impone para los contratos celebrados en *mercados en línea* que el proveedor del mercado recoja información general relativa a los parámetros que determinan la clasificación de las ofertas que surgen como resultado de la búsqueda del usuario¹⁴. Y da una indicación clara respecto de cómo tiene que proveer dicha información: lo tiene que hacer «en una sección específica de la interfaz en línea que sea fácilmente accesible desde la página en la que se presenten las ofertas». Es decir, no se trata de una información básica que deba resaltar el empresario –al estilo del precio o las características del bien o servicio–, pero sí debe ser fácilmente consultable por el usuario y estar diferenciada del resto de información («en una sección específica»), de tal manera que el consumidor pueda formarse una idea, rápidamente, de a qué se refiere la información allí contenida.

– El artículo 21 RSD obliga expresamente a los prestadores de plataformas en línea a incluir información sobre la posibilidad de acceder a una resolución extrajudicial de litigios y hacerlo de una manera fácilmente accesible en su interfaz, clara y sencilla.

¹³ Aunque referido a unos extremos concretos (trámites para celebrar el contrato, archivo y accesibilidad del documento electrónico, posibilidad de corrección de errores, lengua de formalización), nos resulta extensible al resto de datos sobre los que –secundariamente– se debe informar en el caso de limitación de espacio. Las Directrices de la Comisión Europea de aplicación de la Directiva de 2011/83/UE, en su versión de 2014, expresamente indican que el resto de la información podrá estar disponible a través de un hipervínculo (COMISIÓN EUROPEA, 2014, p. 38).

¹⁴ Se ha demostrado que la elaboración de perfiles de persuasión funciona mejor si es invisible (LOOS, M.; LUZAK, J., 2021, p. 31) y de ahí que un mecanismo para intentar neutralizarlos sea ofrecer información sobre su existencia, sobre los parámetros utilizados, etc.

Dos últimos apuntes antes de cerrar este epígrafe. Por un lado, otro mecanismo de protección relacionado con la información al consumidor para una correcta formación de su voluntad es el *control de transparencia material* en las cláusulas no negociadas de consumo. Este control, desarrollado a partir del artículo 4.2 Directiva 93/13/EEC, de configuración eminentemente jurisprudencial y doctrinal, no ha tenido un especial tratamiento en el ámbito digital, sino más en el ámbito de los contratos de préstamo¹⁵. Contratos de funcionamiento sencillo, como muchos de los que encontramos en la contratación en línea (ej. compraventas de bienes de consumo, suscripciones de servicios digitales), no presentan, en general, tantos problemas en lo relativo al control de transparencia material, posiblemente porque las cláusulas que delimitan el precio a pagar y el bien o servicio a recibir son, en principio, de una más fácil comprensión por el consumidor. De ahí que, en este tipo de contratos, cumplir con los requisitos de la información precontractual –incluyendo las reglas de formato vistas, como ofrecer información resaltada sobre las características principales del bien o servicio y sobre el precio total– implicaría cumplir, en principio, con el control de transparencia material¹⁶.

En segundo lugar, el legislador también ha sido consciente de las necesidades de adaptación de formato que debe tener la información precontractual cuando se dirige a consumidores vulnerables, aunque como hemos visto, lo hace de una manera genérica («con especial atención», «en formatos adecuados, accesibles y comprensibles») sin dar pautas concretas al empresario sobre cómo cumplir con esa obligación. Posiblemente es difícil concretarlo en una norma general, cuando los criterios por los que un consumidor puede ser considerado vulnerable son muy diversos y, por tanto, también las concretas necesidades de adaptación¹⁷. Pero sí es una circunstancia a tener en cuenta en el diseño de páginas web o aplicaciones informáticas que puedan tengan un perfil definido de destinatario que encaje en algún colectivo claramente vulnerable (ej. videojuegos). Es de observar, en todo caso, que no es difícil sostener una relativa vulnerabilidad de todos los consumidores cuando se desenvuelven en el ámbito digital y especialmente respecto de técnicas de diseño engañosas, como se argumentará en el epígrafe III.9.

¹⁵ Aquí sí que se han especificado formas en las que cumplir este deber como, por ejemplo, la entrega de folletos o la realización de simulaciones.

¹⁶ Cosa distinta es la prestación del consentimiento en los contratos en los que la contraprestación es la autorización para un tratamiento de datos personales –donde cobra relevancia la transparencia material y confluyen requisitos adicionales propios de la protección de datos personales (CÁMARA LAPUENTE, S., 2019, pp. 194-195 y 201; MATO PACÍN, M. N., 2020, pp. 101 y ss.; SANTOS MORÓN, M. J., 2022, pp. 305-309)– o en contratos que puedan tener un régimen y formalidades especiales por su naturaleza más compleja, como los seguros o los préstamos de consumo.

¹⁷ MATO PACÍN, M. N., 2022a, pp. 32-33.

2. EL USO DE HIPERVÍNCULOS PARA OFRECER INFORMACIÓN AL USUARIO

El empleo de hipervínculos¹⁸ como mecanismo de organización o comunicación de la información es habitual en el diseño de las interfaces de usuario. Siendo evidentes sus beneficios (permiten racionalizar y estructurar la información de la página web o aplicación; permiten al usuario en cierto modo trazar su propio itinerario por la interfaz, posibilitándole identificar y profundizar en aquellas cuestiones que sean de su interés en el momento concreto¹⁹), también cabe preguntarse si se trata de un recurso informático apto para poner a disposición del usuario todo tipo de contenido con repercusión legal.

Este interrogante se ha planteado con especial fuerza en relación con la información contractual en los contratos electrónicos y con los controles frente a las condiciones generales de la contratación en el mismo ámbito. Su relevancia práctica hace que hayamos querido dedicarle un epígrafe específico, ubicado, precisamente, a caballo entre el diseño de la información precontractual y la accesibilidad de las cláusulas no negociadas, de los que participa.

El TJUE, en su sentencia de 5 de julio de 2012, asunto C-49/11 (*Content Services Ltd v Bundersarbeitskammer*), se pronuncia respecto de la pertinencia de transmitir y confirmar información contractual a través de un hipervínculo. El caso se plantea a raíz de la forma de proceder de la sociedad *Content Services Ltd* (sociedad inglesa que ofrece servicios en línea en su sitio de internet que consisten en la descarga de programas gratuitos o versiones de prueba de programas de pago) en torno a la conclusión de sus contratos. Para poder utilizar el sitio web, los usuarios deben rellenar un formulario de inscripción y, cuando formalizan su pedido, deben declarar que aceptan las condiciones generales de venta y renuncian a su derecho de «resolución» (traducción en la versión española, que, en la versión inglesa se refiere a *withdrawal*, desistimiento). Sin embargo, la información precontractual obligatoria no se muestra directamente sino a través de un enlace en el que deben hacer clic para acceder a ella y que aparece en la página que rellenan para la conclusión del contrato. El correo electrónico que se envía tras el pedido tampoco contiene información sobre el derecho de «resolución» sino que, igual que en el paso anterior,

¹⁸ Entendemos por hipervínculo o enlace un «texto o imagen resaltado en un documento electrónico que, mediante un clic, permite acceder a información adicional en un mismo o distinto servidor» (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Voz «Enlace», 2023).

¹⁹ SEIZOV, O.; WULF, A. J.; LUZAK, J., *JCP*, p. 24, resaltan cómo la libertad de poder acceder a la información en el orden preferido por el usuario puede incrementar su entendimiento y también mantenerle enganchado a la lectura.

se obtiene a través de un vínculo. Es en la factura que a continuación recibe el usuario (96 euros por tener acceso a los contenidos del sitio web durante doce meses) donde se le recuerda que ha renunciado a su derecho de «resolución» y que, por tanto, está vinculado con el contrato.

Pues bien, el tribunal austríaco que conoce de una acción promovida contra este comportamiento comercial solicita al TJUE criterio sobre cómo interpretar el artículo 5.1 Directiva 97/77/CE (sobre contratos de consumo a distancia, en la actualidad derogada, pero relativamente equivalente al actual art. 98.7 TRLGDCU). En concreto, si para cumplir con el mandato de recibir confirmación de la información allí mencionada, por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero a su disposición, a menos que durante la celebración del contrato ya se le haya facilitado la información sobre un soporte duradero disponible que sea accesible para él, basta con que dicha información sea accesible para el usuario mediante un hipervínculo al sitio de internet del empresario –que figura en un texto que el consumidor debe indicar que conoce (marcando una casilla) para poder iniciar una relación contractual–.

Para valorar las implicaciones de ofrecer información a través de un enlace, el TJUE, en la argumentación que aquí interesa, reflexiona sobre las connotaciones de los términos «facilitar» y «recibir» la información en este contexto, resaltando que dichas expresiones reflejan un proceso de transmisión de información en el que no sea necesario que el destinatario realice ninguna acción particular. Sin embargo, acceder a la información contenida en un hipervínculo exige una acción positiva por parte del usuario (pulsar en el vínculo) y, por tanto, concluye el órgano jurisdiccional europeo, dar acceso a la información solo mediante un hipervínculo a un sitio de internet de la empresa no cumple con lo exigido por el artículo 5.1 Directiva 97/7/CE, pues tal información no es facilitada por la empresa ni recibida por el consumidor y porque un sitio de internet no puede considerarse un soporte duradero a los efectos.

Aplicando el fallo del TJUE a nuestro ordenamiento jurídico actual, podríamos decir que es insuficiente un hipervínculo general para cumplir satisfactoriamente con el requisito de información precontractual o de confirmación del contrato. Por un lado, la página a la que remite el enlace no es un soporte duradero, como exige de primeras el artículo 98.7 TRLGDCU, tanto respecto de la confirmación del contrato como respecto de la información previa a la celebración del contrato que excluiría la obligación de volver a proporcionarla una vez celebrado (letra a). Por otra parte, incluso ubicándonos en el artículo 98.1, que no exige soporte duradero para la puesta a disposición al

consumidor de la información precontractual²⁰, consideramos que la conclusión sería la misma. Somos conscientes de que mucha información puede conducir al efecto contrario (sobre esto volveremos al hablar de los patrones oscuros) y es cierto que hay elementos posiblemente secundarios para el consumidor –véase, quizás, la existencia de códigos de conducta–. Pero no nos parecen argumentos definitivos. El único caso en el que está previsto que se informe de un número limitado de aspectos y se flexibiliza cómo proporcionar noticia sobre el resto es en el caso de limitaciones en el espacio de la pantalla. En los demás supuestos (y, desde nuestro punto de vista, el uso del ordenador, de una Tablet, pero también de un *smartphone* lo son), el diseño de la interfaz debe destacar una serie de elementos respecto de otros, pero no quiere decir que estos otros no tengan que figurar en alguna de las ventanas del proceso de contratación o en la pantalla principal de manera individualizada. Es decir, no nos parece que pueda incluirse el resto de información únicamente en un enlace de condiciones generales, que no revele pista alguna al consumidor de las cuestiones que allí se incluyen, que pueden ser de la más diversa naturaleza.

Pero sí nos parece que podría figurar esta información mediante indicadores individualizados incluidos en el momento pertinente del proceso de contratación o de modo destacado en la página principal²¹. Lo importante es que se le permita al consumidor identificar claramente la naturaleza de la información que allí se contiene (por ejemplo, información sobre la garantía legal o comercial podría estar en un hipervínculo o ventana desplegable bajo ese título en un lugar visible, pero no únicamente dentro de un hipervínculo etiquetado como «condiciones generales»).

Es cierto que esta solución choca con la *STJUE Content Services Ltd*, en la medida en que estos indicadores individualizados y referidos a los distintos elementos requerirían una acción positiva por parte del consumidor (esto es, necesitarían un clic, bien para que se abra el hipervínculo, bien para que se despliegue una ventana escondida ampliando la información, sea cual sea el mecanismo). Pero también lo es que el artículo 98.1 hace referencia en la actualidad a que el empresario «facilitará» la información «o la pondrá a su disposi-

²⁰ Así se deduce cuando señala que «siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deberá ser legible» (lo que implica que el soporte duradero no es la única opción).

²¹ Las directrices de la Comisión Europea apuntan a esta idea cuando señalan que «el requisito de facilitar información “clara y comprensible” significa que deben ponerse en conocimiento del consumidor los elementos individuales de la información obligatoria». Y, añade que no es necesario que estén todos en la misma página y que, para evitar páginas excesivamente largas, «cuando sea necesario, la información sobre temas concretos deberá estratificarse, con un indicador destacado en la página principal que conduzca a la página enlazada en la que se ofrezcan todos los detalles sobre el asunto en cuestión» (COMISIÓN EUROPEA, 2021, pp. 23-24).

ción de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas» (matiz este último introducido en la reforma de 2014). Es decir, no solo utiliza el término «facilitar» –que ya vimos que el TJUE asimilaba a un comportamiento pasivo por parte del consumidor que encaja difícilmente con tener que hacer clic en un enlace– sino que podría pensarse que da un paso más y amplía las posibilidades con un término más abierto como el de «poner a su disposición». Esto nos parece que permitiría el encaje en esta última expresión de técnicas de estructuración de la información que exijan un clic por parte del consumidor (para abrir una ventana o para hacer visible información oculta en un desplegable) porque se podría decir que ponen a disposición del consumidor la información ahí contenida. Como se ha subrayado por la doctrina, lo exigible es que el consumidor no pueda obviar la información que se le proporciona a lo largo del proceso de contratación y que su forma de presentación incite a leerla²². Un proceso de contratación que a lo largo de las distintas pantallas va mostrando la información –que no tenga un régimen especial²³ o no sea sorprendente– estructurada con indicadores resaltados que permiten rápidamente al consumidor identificar y conocer su contenido (aunque este tenga que hacer un clic para ampliar esa información) puede resultar más intuitivo que una página cargada por defecto con toda la información detallada por evitar que el consumidor tenga que pulsar un dispositivo²⁴. En todo caso, insistimos, la llamada de atención sobre la información dependerá de su naturaleza y de lo sorprendente de su contenido, que puede variar, además, de un contrato a otro.

Por ejemplo, puede ser relevante para la toma de decisión de un consumidor conocer la existencia y condiciones –o, incluso especialmente, la *no* existencia²⁵– de un derecho de desistimiento en ese contrato concreto, elemento que,

²² ARROYO AMAYUELAS, E., 2011, p. 977. No sería el caso, apunta, de un *link* en un icono que no es suficientemente expresivo o escondido.

²³ Sí lo tiene, recordamos, la información básica del artículo 98.2 TRLDU –que queda claro que tiene que estar destacada justo antes del pedido– y buena parte de la mención del artículo 97.1.h) por aplicación del artículo 98.3, que no exige que se resalten pero que sí obliga a indicar de modo claro y legible cualquier restricción de entrega y las modalidades de pago aceptadas. En rigor, tampoco hay tantas menciones que no estén sujetas a un régimen especial de información si tenemos en cuenta que, desde nuestro punto de vista, como habíamos señalado, los apartados s) y t) del artículo 97.1 se podrían considerar incluidos, allá donde sean pertinentes, en las características del bien o servicio (apartado a).

²⁴ Por otro lado, no debemos perder de vista que, con independencia de necesitarse o no una acción positiva por parte del consumidor, en el caso objeto de la sentencia este difícilmente podía haberse enterado de esa renuncia a su derecho porque estaba incluida dentro de un enlace genérico, no en un enlace cuyo contenido es identificable y resaltado de una manera proporcional a su importancia.

²⁵ Cuando hablamos de no existencia del derecho desistimiento, nos referimos a supuestos en los que legalmente el consumidor no cuenta con ese derecho porque el contrato encaja en alguna de las excepciones de los artículos 93 y 103 TRLDU. También podría ser porque no fuera el contrato en línea una relación de consumo –por ejemplo, una compraventa entre particulares en *Wallapop*–, pero hay que recordar que, en estos casos, hay una obligación por parte de la plataforma de identificar al vendedor y en qué

II. MANIFESTACIONES DE LA PREOCUPACIÓN POR EL LEGAL DESIGN EN EL... ■

como ya habíamos dejado anotado, no está dentro de la selección de aspectos básicos del artículo 98.2 TRLGDCU a resaltar justo antes del pedido.

Hechas estas reflexiones sobre la relación entre los hipervínculos y la información precontractual, nos detendremos en las posibilidades de estos mecanismos informáticos en el contexto de la incorporación de las condiciones generales de la contratación, donde también se ha producido algún pronunciamiento judicial.

3. LA LEGIBILIDAD Y ACCESIBILIDAD DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Los contratos electrónicos son, por lo general, contratos mediante condiciones generales y, por tanto, no negociados²⁶. Esto justifica la existencia de una serie de controles, entre los que nos detendremos, siquiera brevemente, en el control de incorporación o de inclusión, por ser el que más relevancia tiene a la hora del diseño del proceso de contratación en línea.

Dejando en un segundo plano el requisito de transparencia en la redacción del clausulado (donde puede ser relevante desde el punto de vista del diseño de la interfaz no incluir cláusulas bajo rótulos que no se corresponden con el contenido real o que contengan múltiples remisiones internas²⁷), el artículo 80 TRLGDCU exige la cognoscibilidad, es decir, la «accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido»²⁸. La legibilidad se ha vinculado tradicionalmente con el tamaño de la letra [actual-

medida afecta esto a los derechos del comprador. Sobre esta obligación de información de las plataformas a los usuarios finales, ÁLVAREZ MORENO, M. T., 2021, pp. 210-211 y 254-256; 2023, p. 116.

²⁶ PARDO GATO, J. R., 2003, p. 20.

²⁷ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., 2011, pp. 697-698. Veremos que estas prácticas pueden llegar a ser consideradas como patrones oscuros en la medida en que intentan confundir al usuario para que, por ejemplo, desista de ejercitar un derecho respecto del que busca información a lo largo de la interfaz, sin éxito.

²⁸ Es importante recordar que este conocimiento de su existencia y posibilidad de su lectura no equivalen a haber prestado un consentimiento análogo al de un contrato negociado, pues falta la posibilidad de haber podido influir en el contenido (MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 2011, pp. 717-718). En cualquier caso, la práctica parece demostrar que las condiciones generales no se leen (un 0,01 % de los usuarios de internet lo hace, MAROTTA-WURGLER, F., 2022, p. 233) y que lo eficiente es no hacerlo (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, p. 52). De hecho, Marotta-Wurgler concluye tras un experimento que no parece existir una evidencia fuerte entre hacer los contratos más accesibles y que eso implique que los usuarios los lean más (pp. 241 y ss.). Sin perjuicio de estas observaciones, lo cierto es que los empresarios deben cumplir con la transparencia, accesibilidad y legibilidad para que las condiciones generales se integren, con la firma, en el contrato, en la búsqueda de la libertad de decisión del contratante. En este sentido, tienen una función de publicidad (CAÑIZARES LASO, A., 2022, p. 1159).

mente, en virtud del art. 80.1.b) TRLGDCU], respecto de la que exige un mínimo de 2,5 milímetros y con un espacio entre líneas no inferior a los 1,15 milímetros. En este sentido, hay sentencias previas en las que –en un contexto diferente de contratación, celebrada por escrito– el órgano jurisdiccional pone de relieve un mal contraste entre el texto y el papel, un texto configurado de manera muy abigarrada y un tamaño tan reducido de letra que le había hecho necesitar una lupa para poder leer los clausulados predispuestos [SAP Valencia de 25 de noviembre (JUR 2020, 71319)]. No nos parece un problema especialmente relevante el tamaño de la letra en la contratación en línea si cabe la posibilidad de que se agrande el contenido de la pantalla con un simple gesto de dedos o con el ratón.

Más interés merece posiblemente desde la óptica del diseño el requisito de accesibilidad en los contratos electrónicos predispuestos. Habrá que estar, además de a la normativa sobre el control de incorporación, a los deberes impuestos por la normativa específica, como son los artículos 94, 97.7 y 98.10 TRLGDCU, así como la LSSI. El empresario debe cumplir con el deber de ofrecer al consumidor la posibilidad real y efectiva de conocer la existencia y contenido del clausulado predispuesto antes de concluir el contrato. ¿Cómo se consigue esto utilizando el diseño de la interfaz?

En la práctica diaria, es habitual incluir una pantalla de paso obligatorio durante la contratación en la que el usuario tenga que hacer *clic en una caja en blanco* al lado de la que se señala «*He leído y acepto las condiciones generales*»²⁹. El acceso a estas condiciones generales se proporciona mediante enlaces en los que se despliega el contenido de las cláusulas no negociadas, bien pasando el ratón por encima, bien –lo más normal– haciendo clic en el hipervínculo. En este contexto, ¿cumple con el control de incorporación esta práctica?

Para determinarlo, debemos comenzar con un análisis de los requisitos legales del control de incorporación. A nuestro juicio, hacer accesibles las condiciones generales mediante un enlace al lado de una casilla en blanco a marcar aceptando dichas condiciones permite considerar cumplidos los requisitos relativos a: 1) que el usuario acepte la incorporación del clausulado predispuesto [art. 5.1 LCGC]; 2) que en el contrato se haga referencia a las condiciones generales incorporadas [art. 5.1 LCGC y art. 80.1.a) TRLGDCU, que exige referencia expresa]; 3) *que se haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia* [art. 5.1 LCGC]; 4) que se le haya dado la oportunidad real de conocer de manera completa el texto al tiempo de la celebración del contrato, esto es,

²⁹ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., 2011, p. 703 y 2020, p. 2009.

accesibilidad que permita el conocimiento previo sobre su existencia y contenido [art. 7 LCGC y art. 80.1.b) TRLGDCU]. El interrogante surge, desde nuestro punto de vista, cuando nos detenemos en el requisito consistente en la facilitación de las condiciones generales al adherente [que el predisponente le «haya facilitado un ejemplar de las mismas», reza el art. 5.1 LCGC, y que no se produzcan «reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato», según el art. 80.1.a) TRLGDCU)]. Y surge porque, si recordamos, según la sentencia del TJUE de 5 de julio de 2012, caso C-49/11, *Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer*, la información transmitida a través de un hipervínculo no se puede considerar como «facilitada» al consumidor, en la medida en que este término exige que el destinatario no tenga que realizar ninguna acción particular para acceder a la información, como sí ocurre en el caso del hipervínculo, sobre el que debe pulsar³⁰.

El TJUE se ha detenido en dos sentencias posteriores precisamente a analizar la incorporación de una cláusula predispuesta en contratos electrónicos y a través de hipervínculos. Lo ha hecho en la sentencia de 21 de mayo de 2015, asunto C-322/14, *Jaouad El Majdoub v CarsOnTheWeb. Deutschland GmbH*, en la que concluye que una cláusula atributiva de competencia se puede entender incorporada al contrato al haber manifestado el adherente su consentimiento en una casilla en blanco y situada al lado de un enlace que permite imprimir y guardar el texto. Es decir, da por buena la práctica que nos ocupa. Por otro lado, también se ha pronunciado al respecto en la más reciente sentencia de 24 de noviembre de 2022, asunto C-358/21, *Tilman SA v Unilever Supply Chain Company AG*. En este caso al hilo de una cláusula de elección de fuero, el TJUE continúa con la doctrina anterior y acepta que la remisión a la cláusula no negociada pueda hacerse válidamente mediante un hipervínculo a un sitio web que permita conocer las condiciones generales, incluso aunque no haya casilla para aceptar expresamente el clausulado, siempre que ese enlace no esté roto y pueda ser abierto por una parte aplicando una diligencia normal. Es decir, da un paso más y acepta la incorporación de la cláusula a través de un hipervínculo sin que sea necesario siquiera que conste una aceptación expresa de ningún tipo.

Si tomamos estas dos sentencias en consideración, la respuesta a la validez de facilitar las condiciones generales a través de un hipervínculo sería claramente afirmativa. Sin embargo, hay que hacer dos grandes matizaciones o advertencias: por un lado, que en los dos casos se trata de contratos entre empresarios; por otro, que la argumentación y solución se da en aplicación a normas específicas con sus propios criterios de validez, que no coinciden exactamente con los aquí expuestos

³⁰ Ver epígrafe II.2.

(Reglamento 44/2001, Convenio de Lugano II). Por lo tanto, no podría hacerse una extrapolación automática de la solución a cualquier supuesto³¹.

Así las cosas, habría que preguntarse si dar acceso a las condiciones generales entregando un anexo en papel (proceder válido en contratos celebrados por escrito y que nos sirve como parámetro) es muy diferente a hacerlo a través de un hipervínculo. La diferencia está en esa necesidad de un comportamiento activo del adherente haciendo clic en el enlace. Quizás el diseño más parecido sería el de incluir una función que permitiera que se desplegara una ventana solo con pasar el ratón por encima del enlace (*mouseover*). Sin embargo, esta técnica también tiene sus limitaciones, pues solo permitiría ofrecer un extracto de las condiciones generales en una pop-up estática ya que, en cuanto se moviera el ratón (para, por ejemplo, mover una barra lateral en esa ventana emergente y navegar por el contenido) la ventana desaparecería. Una tercera solución que se ve también en la práctica en la actualidad es la de incluir el botón o casilla de aceptar en una nueva ventana, pero debajo de todas las condiciones generales, obligando al adherente a hacer *scroll*, es decir, a pasar por todas ellas para que aparezca y para poder continuar con la transacción. Está claro que esta solución es la más garantista, más todavía que la entrega en papel de un anexo en los contratos celebrados por escrito. Desde luego lo es para el empresario, porque difícilmente ningún adherente podrá alegar que no ha podido leer las condiciones generales. Pero dudamos acerca de si este procedimiento es necesario. A tal efecto, experimentos científicos sobre el comportamiento humano podrán determinar hasta qué punto compensa introducir este nuevo paso o ventana en el proceso de contratación en términos de coste (procedimiento más tedioso para el usuario y coste del empresario) y beneficio (un mayor acceso real a las condiciones generales). Al fin y al cabo, la finalidad del control de incorporación no se centra en que el adherente lea *de facto* las cláusulas sino en que, si quiere, pueda hacerlo porque son relativamente transparentes y accesibles, entendiendo en este último caso, accesibles sin dificultad.

³¹ Respecto del caso *Content Services Ltd.* y el caso *El Majdoub*, así lo señala también CÁMARA LAPUENTE, S., 2022a, pp. 369-371. Cámara apunta que no es posible llegar a una conclusión cierta sobre el estado del Derecho contractual europeo acerca de la suficiencia de consultar las condiciones generales antes de contratar mediante hipervínculos dada la solución apegada a interpretaciones literalistas de cada norma (en referencia a la Directiva 97/7/CE y el Reglamento 44/2001) e incluye una revisión muy interesante sobre el Derecho estadounidense respecto de los modos de prestar consentimiento en los *browsewrap agreements* (pp. 374-379). Por su parte, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., RLM, pp. 8-9, respecto del caso *Tilman*, advierte, acertadamente, que el asunto litigioso se mueve en dos planos no totalmente coincidentes: el consentimiento de una cláusula atributiva de competencia judicial según el Convenio de Lugano II y, por otro, la incorporación previa de una cláusula no negociada al contrato, pues, como señala el autor, no deja de ser una condición general que necesita de ciertos requisitos para que el adherente pueda conocerla. Comenta también esta sentencia SÁNCHEZ LORENZO, S. A., La Ley UE.

Por último y siguiendo con las técnicas de diseño respecto del control de incorporación en contratos electrónicos, se ha dicho que otra forma podría consistir en ubicar un enlace en un lugar destacado de la página web mediante el que directamente se accede a las condiciones generales³². Hay alguna resolución judicial que ayuda a delimitar de forma negativa las características de ese enlace visible. Así, el Juzgado de lo Mercantil de Gijón, en su sentencia de 9 de febrero de 2015 [JUR 2015, 267780], sostiene que la incorporación de una cláusula *no show* en un contrato de transporte aéreo de pasajeros perfeccionado en línea no puede fundarse en su inclusión en el apartado de preguntas más frecuentes (FAQ) de la página web de la compañía aérea. El contrato, explica el órgano jurisdiccional, deberá regirse por las cláusulas contractuales que forman parte del mismo y no por una pregunta frecuente que participa más bien de la información general accesible al público en el sitio web. Es decir, estas condiciones generales no solo deben estar en un enlace destacado sino que deberán estar claramente identificadas como tales para que puedan ser incorporadas y que el usuario sepa que son las condiciones que rigen el devenir de su contrato concreto. En todo caso, los reparos expuestos en los párrafos precedentes se pueden reproducir aquí, incrementados (pues no solo es un hipervínculo sino que no se introduce en una página de paso obligado e inmediatamente anterior a la prestación de consentimiento). Por todo ello, y aunque, según interpretaciones, podría cumplir con los requisitos del control de incorporación, no nos parece el mecanismo a recomendar (ni desde el punto de vista del adherente –es más difícil que se percate de su existencia si no se llama su atención sobre él– ni desde el punto de vista del empresario –podría tener más problemas para argumentar y probar la accesibilidad–).

Precisamente una de las recomendaciones que se incluyen en un estudio encargado por el Parlamento Europeo sobre la adaptación de la Directiva de cláusulas abusivas a la era de los servicios digitales es la de reformular el artículo 1(i) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE, de tal modo que se especifique que un hipervínculo en algún lugar de la página web del empresario no es suficiente para proporcionar una oportunidad real de que los consumidores sean conscientes de su existencia antes de concluir el contrato, imponiendo al empresario la obligación de llamar la atención sobre tal hipervínculo al consumidor. En esta nueva redacción, si las condiciones generales de la contratación se han proporcionado mediante un hipervínculo y sin que el consumidor haya tenido que expresar su consentimiento explícitamente (por ejemplo, haciendo tic en ninguna caja o de algún otro modo similar), se presumiría que no se ha dado la transparencia suficiente³³.

³² PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., 2011, p. 703; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2015, p. 1058.

³³ LOOS, M.; LUZAK, J., 2021, p. 18.

4. CONFIGURACIÓN DEL BOTÓN DE PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Cuando se habla de consentimiento desde el punto de vista del Derecho, nos referimos a una manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente³⁴. Si miramos hacia el ámbito contractual, es palmaria la relevancia que tiene el consentimiento para la válida formación del negocio jurídico, siendo, de hecho, uno de sus elementos esenciales³⁵. No es de extrañar, por tanto, que la forma en la que se presta dicho consentimiento en los contratos en el entorno digital haya sido objeto de conflicto y atención, también por la jurisprudencia.

Ciertamente, encontramos un ejemplo que refleja la preocupación o importancia del diseño del proceso de contratación en línea en la formación de la voluntad del contratante en la STJUE (Sala Octava) de 7 de abril de 2022, caso *Fuhrmann-2-GmbH* contra B. El supuesto de hecho es muy sencillo: B., consumidor, consulta en julio de 2018 un sitio de internet para buscar habitaciones de hotel (*Booking.com*) y, entre los resultados que le aparecen, hace clic en la imagen de uno de los hoteles –propiedad de la sociedad alemana *Fuhrmann-2*– para ver las habitaciones disponibles, información adicional y precios para el periodo seleccionado. B. decide reservar cuatro habitaciones dobles en este hotel y, tras haber seleccionado el botón «Reservo», introduce sus datos personales y los nombres de sus acompañantes para proceder a hacer clic en un botón con la mención «Finalizar la reserva». B. no se presenta en el hotel en la fecha de la reserva (junio 2019) y *Fuhrmann-2*, conforme a lo dispuesto en sus condiciones generales, le factura gastos de cancelación por importe de 2.240 euros.

Aunque no aparece expresamente detallado en la sentencia, deducimos que el consumidor no había introducido sus datos bancarios en el proceso de contratación porque en el documento de petición de la cuestión prejudicial, al narrar los hechos, se señala que no se le hace un cargo directamente³⁶, lo que lleva a pensar que los datos personales no incluían los datos económicos. Resaltamos esto porque consideramos que puede ser relevante en la reflexión posterior.

Sea como fuere, como el consumidor no abona estos gastos de cancelación, el hotel decide reclamárselos judicialmente ante un tribunal alemán. Se

³⁴ Díez-PICAZO, L., 2007, p. 174; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, «Voz Consentimiento», 2023.

³⁵ DE CASTRO, F., 1985, pp. 56 y 57.

³⁶ «Mediante carta de fecha 29 de mayo de 2019, la demandante facturó al demandado la cantidad de 2.240 euros en concepto de gastos de cancelación (con arreglo a sus condiciones generales de contratación) fijando un plazo de cinco días hábiles, sin que se produjera pago alguno». Petición de decisión judicial, asunto C-249/21, 21 de abril de 2021, Órgano jurisdiccional remitente: *Amtsgericht Bottrop* (Tribunal de lo Civil y Penal de *Bottrop*, Alemania).

deduce, de los hechos y la sentencia, que el consumidor debió de entender que lo que había realizado en la página web era una mera reserva de las habitaciones de hotel sin compromiso alguno. Por el contrario, el hotel considera que la expresión «finalizar la reserva» que constaba en el sitio web cumple los requisitos legales para entender que se había perfeccionado un contrato por el que el consumidor se había comprometido a acudir al hotel y pagar el precio o bien, si no, a pagar una indemnización por incumplir el contrato.

Concretamente, considera que este botón cumplía con los requisitos legales de la normativa alemana (art. 312j, apartado 3, del BGB), transposición del artículo 8.2 Directiva 2011/83/UE, según el cual, cuando un contrato se celebra a distancia por medios electrónicos mediante un proceso de pedido con obligación de pago, el comerciante debe, por un lado, proporcionar al consumidor la información esencial relativa al contrato justo antes de que efectúe el pedido, y, por otro, asegurarse de que el consumidor, al efectuar el pedido, confirme expresamente que es consciente de que este implica una obligación de pago. Respecto de esta última obligación, la norma europea señala que, si el pedido se realiza activando un botón o función similar, solo se considerará cumplida si dicho botón está etiquetado de manera que sea fácilmente legible, únicamente con la expresión «pedido con obligación de pago» o una formulación correspondiente no ambigua que indique que la realización del pedido implica la obligación de pagar al comerciante. La transposición de esta regla a la normativa española se produce a través del artículo 98.2 TRLGDCU, con la única variación de referirse a una formulación «análoga» en lugar de «correspondiente».

Por lo tanto, el punto central de la cuestión reside en, dentro de este marco normativo, cómo se interpreta la expresión «Finalizar la reserva» en la página de la plataforma, porque de esta reflexión dependerá que se haya celebrado un contrato entre la empresa propietaria del hotel y el consumidor o no (en el caso de que no se cumpla con los requisitos del art. 8.2 Directiva 2011/83/UE y el correspondiente art. 98.2 TRLGDCU, «el consumidor o usuario no quedará obligado por el contrato o pedido», concluyen ambos preceptos).

Al Tribunal alemán que plantea la cuestión prejudicial le surgieron dudas respecto a qué hay que tener en cuenta a la hora de valorar si la expresión del botón es o no ambigua. Tal y como se desprende de la resolución, una sentencia previa de otro tribunal alemán regional (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Berlín) había considerado, en un caso similar, que había que tener en cuenta también «*las circunstancias globales y, en particular, la configuración del resto del proceso de pedido o la naturaleza de la transacción a celebrar*». Sin embargo, el tribunal que plantea la cuestión prejudicial no está muy convencido de este enfoque y considera que el consumidor debe ser

consciente de su vinculación solo con la expresión inscrita en el botón. Si se aplicara esta última posición en el supuesto de la contratación en *Booking.com*, el tribunal considera que la expresión «reservar» o «finalizar la reserva» no cumpliría con el requisito legal en la medida en que está asociada en el lenguaje corriente y en muchas ocasiones, a simplemente «retener o conservar gratuitamente por anticipado» y no siempre a la obligación de pagar una contraprestación.

Así las cosas, a la pregunta de si, para determinar si ese botón está etiquetado con una expresión análoga a la que aporta la normativa y no ambigua – que indique al consumidor que la realización del pedido implica la obligación de pagar al comerciante– lo único determinante es el etiquetado del botón o no, el TJUE responde que sí: para cumplir con el artículo 8.2 Directiva 2011/83/UE es el botón el que debe contener la expresión inequívoca y es esta expresión la única a tener en cuenta para determinar si se ha cumplido o no la obligación del comerciante, sin que deba el consumidor tener que inferir de una apreciación global de las circunstancias del proceso que se compromete a pagar de una manera vinculante en el caso de que la expresión que figura en el botón no le permitiera identificar tales consecuencias.

Razona el TJUE que concluir lo contrario sería menoscabar el objetivo de la Directiva 2011/83/UE de garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores en materia de información sin una justificación razonable, pues la redacción o la modificación de una expresión que figure en un botón de pedido electrónico no implica una carga notable al empresario que pueda perjudicar la competitividad o la libertad de empresa.

Por tanto, en el caso concreto de *Booking.com*, el TJUE no da una solución sino que indica que debe el juez nacional evaluar si, tanto en el lenguaje corriente como para el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, el término «reserva» es una expresión «correspondiente» («análoga», en el caso español) a la expresión «pedido con obligación de pago», es decir, si está asociado necesaria y sistemáticamente al nacimiento de una obligación de pago. Para ello debe atender únicamente a la fórmula que figura en dicho botón.

Dicho esto, y, por lo tanto, nos parece que las opciones que tienen los empresarios a la hora de diseñar una página web o aplicación informática en este aspecto son dos:

a. Que en el botón final se utilice explícitamente la expresión «pedido con obligación de pago». Esto no suele ser lo habitual en la práctica posiblemente por razones de marketing o comportamiento del consumidor

(es una expresión muy larga y no parece muy atractiva pues puede resultar demasiado severa).

b. Utilizar otra expresión diferente, en cuyo caso será necesaria una labor de valoración e interpretación para determinar si es análoga a la que indica la ley, en el sentido de clara para el consumidor en sus consecuencias.

Llegados a este punto, creemos que los problemas que, en la práctica, se plantean pueden ser diferentes según los sectores de contratación. Comenzando con el sector objeto de la sentencia del TJUE de 7 de abril de 2022, es cierto que en el ámbito de los *viajes o la restauración* es habitual utilizar la expresión «reservar», que puede inducir especialmente a confusión porque puede ser utilizada con un doble sentido –en ocasiones, meramente «bloquear» una habitación o actividad; en otras, un compromiso en firme por el consumidor–.

Si analizamos las opciones que los empresarios suelen ofrecer a los usuarios en las webs de reservas en línea de hoteles, constatamos que son dos. Por un lado, el pago en el momento sin posibilidad de reembolso. Por otro, la reserva –en el más básico sentido de mero bloqueo inicial–, pero con obligación de pago si pasa el tiempo y no se cancela (es decir, en todo caso, reserva que exige un comportamiento activo del consumidor en un determinado momento posterior para que no se materialice la obligación de pago). En ambos casos, de alguna manera, el consumidor se está vinculando y de eso tiene que ser consciente. Nos parece, sin embargo, que no es habitual hoy en día en la contratación en línea de habitaciones de hoteles que un consumidor pueda simplemente bloquear una habitación sin que ello comporte en ningún caso y salvo que el consumidor cancele dicha reserva, ningún tipo de compromiso de pago o penalización en algún momento.

El problema es, quizás, pretender que estas diferentes situaciones y matices se recojan en una sola expresión –breve y escueta, para un botón de estas características– y sin poder tener en cuenta ningún otro elemento más del contexto o de la información que sí se le ha hecho llegar al consumidor de manera paralela.

Descendiendo a ejemplos concretos, *Booking.com* en España, cuando se refiere a hoteles, sigue hablando en todos los pasos de «Reservar». En un paso intermedio señala debajo del botón: «¡No te preocupes! No pagarás nada por pulsar este botón». Y en el último paso, el previo a finalizar la operación y contratar, indica: «Completa la reserva» y el símbolo de un candado. Esto se produce inmediatamente después de haber completado los datos de pago y teniendo en cuenta que en la información precontractual que se da se especifica, visualmente, si la reserva se paga inmediatamente o si, por el contrario, se puede pagar tiempo después y si es cancelable –y, por tanto, reembolsable– o no.

De todo el conjunto, quizás para un consumidor medio puede quedar claro que ya hay un compromiso de pago. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de cancelar la reserva según las condiciones pues, como señalábamos antes, la obligación de pago existe salvo que se produzca un comportamiento activo por parte del consumidor cancelando la reserva. Desde nuestro punto de vista, un dato relevante para determinar si es clara la existencia de este compromiso de pago podría ser el haber o no introducido los datos de la tarjeta. Sobre todo, el no haberlo hecho –como creemos que había ocurrido en el caso alemán antes expuesto–, pues este hecho puede reforzar la sensación, junto con la expresión «Reservar», de que del consumidor no se comprometía a nada concreto. Pero también hay que recordar que, según la STJUE que acabamos de señalar, no se puede tener en cuenta nada más que la fórmula del botón y, en ese caso, podría haber dudas sobre si estamos ante la «expresión inequívoca de que el consumidor se compromete a pagar de manera vinculante» que exige el TJUE.

En este sentido, posiblemente sea más ajustado a Derecho o, dicho de otro modo, deje menos lugar a las dudas, el botón final de otras páginas web como la web Viajes El Corte Inglés, pues, aunque durante todo el proceso habla de «Reservar» –como expresión habitual en este tipo de contratos–, en la última pantalla el usuario debe hacer clic en un botón muy claro: «Pagar compra». Aquí el consumidor está desde luego sobre aviso de su vinculación con una obligación de pago, aunque en ocasiones tampoco sea exacto pues, como señalábamos antes, no siempre se paga realmente en ese momento sino una vez que se hace uso del servicio (o, alternativamente, no se ha cancelado la reserva). En esos casos, si aplicáramos la doctrina del TJUE de tener en cuenta estrictamente la expresión del botón, podríamos decir que sería una expresión precavida, quizás en exceso y en perjuicio del empresario, si puede llegar a desincentivar al consumidor a hacer clic en el botón, ante la duda de sí, a pesar de la información precontractual, debe proceder a un pago en ese mismo momento.

Pero también en otro tipo de contratos y fuera de este ámbito (ej. en la *compra de bienes de consumo habitual*), se ha producido algún conflicto en relación con el botón final de contratar en un proceso de contratación en línea. Encontramos un ejemplo en los Países Bajos, entre un consumidor y la empresa *Bol.com* (plataforma online de compra de todo tipo de productos), respecto de un pedido de 200 euros: en este caso, el tribunal holandés, aplicando la doctrina del TJUE de la sentencia de 7 de abril de 2022 que nos ocupa, entendió que el contrato no era eficaz porque el botón de comprar («*Finish order*», «*Complete order*») no era suficientemente claro en el sentido de que el consumidor supiera que estaba asumiendo una obligación de pago³⁷. De hecho, pa-

³⁷ Sentencia del *Rechtbank Amsterdam* (Tribunal de Distrito de Ámsterdam) de 4 de agosto de 2022 (núm. de asunto 9488011 CV EXPL 21-14667). El texto de la sentencia está disponible en <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:RBAMS:2022:4347&showbutton=true&keyword=bol%2Bconsument&idx=2> [Último acceso: 23 de febrero de 2024].

rece que la empresa, preventivamente, ha decidido cambiar el mensaje que aparecía en el botón y ahora utiliza la expresión: «*Order and pay*», mucho más terminante³⁸.

Aun siendo el mismo asunto de fondo –esto es, claridad del etiquetado del botón de contratar y su impacto en la formación de la voluntad–, nos parece que quizás en este tipo de contratos el problema tiene sus propios matices y está más bien relacionado con que el consumidor no sepa en qué momento llega ese botón en el que ya no hay vuelta atrás y no puede revisar el pedido, los costes de envío, etc. Esto puede ocurrir, especialmente cuando están los datos de pago introducidos por defecto y porque, en ocasiones, se quiere –en un teórico beneficio para el consumidor– agilizar el proceso de compra («Compra en 1 clic»). Incluso aun habiendo introducido activamente en el momento los datos de pago, puede darse el caso de que el consumidor piense que todavía le queda algún paso intermedio porque la expresión del botón no parece excesivamente tajante y, sin embargo, ya se haya comprometido con una obligación de pago.

En este tipo de casos, nos parecen relevantes las siguientes apreciaciones. Por un lado, consideramos que el botón final debería recoger una expresión concluyente que solo hiciera referencia al pago (por ejemplo, «Pagar ahora»). Si se incluyera alguna otra acción (ej. «Confirmar y pagar», «Finalizar y pagar»), siempre quedaría un resquicio para dudar acerca de si la siguiente pantalla es todavía un resumen. Por otro lado, hay que tener en cuenta que, además de una expresión tajante en el botón final, como exige el art. 98.2 TRLGDCU (y el Considerando 39 Directiva 2011/83/UE), también otras normas imponen a los empresarios ciertos mecanismos para evitar que el consumidor se vincule inconscientemente. Es el caso de la obligatoriedad de ofrecer al consumidor la posibilidad de identificar y corregir errores en los datos (art. 27.1.c LSSI), mediante, por ejemplo, una página de recapitulación previa a la confirmación, que transmita al consumidor la sensación de que es el último paso para finalizar la compra. Por último, también puede ser de ayuda para formar la voluntad del consumidor otros elementos de la página web o aplicación, como, por ejemplo, una barra o esquema de seguimiento, que le dé una idea al usuario de en qué punto del proceso está y cuántos pasos quedan para completarlo.

El problema con estos mecanismos de apoyo –que, a nuestro juicio, no deben ser desdeñados y sobre los que, de hecho, volveremos en el siguiente epígrafe– reside en que, según la STJUE antes referida, no sería posible tener en cuenta ningún otro elemento de la transacción, más allá de la expresión concreta que conste en el botón, para determinar si el consumidor podía saber

³⁸ NEERMAN, P., RD.

que se estaba vinculando jurídicamente a una obligación de pago. Quizás la visión del TJUE es, en cierto tipo de contratos, un poco limitada o rígida pues no le da relevancia a otros elementos que razonablemente sí pueden tenerla para alcanzar la tan ansiada transparencia en la contratación en línea (por ejemplo, que en el botón no se especifique que «reservar» implica una vinculación, pero sí se informe de esto justo en el espacio inmediatamente superior, en el resumen de las condiciones, en un lugar y de forma destacada). Posiblemente la razón de ser de esta postura esté relacionada con la idea que vertebra el presente trabajo: la posición desequilibrada entre ambos contratantes, consustancial a cualquier relación de consumo, pero que, como se sabe, se refuerza en el caso de la contratación en el ámbito digital. La idea de que en el ámbito digital todos somos en cierto modo consumidores vulnerables se basa, entre otros, en que el consumidor está especialmente expuesto pues quienes diseñan las páginas web o aplicaciones cuentan con un sinfín de técnicas para intentar –en el mejor de los casos– influenciarnos, cuando no manipularnos o confundirnos. Incluso aunque no se incluyera ningún elemento distorsionador en el diseño de la interfaz, el *iter* contractual que tiene que seguir el consumidor puede variar tanto de una página web a otra que puede llegar a ser confuso. En este sentido, precisamente la configuración del proceso de contratación en línea nos ocupará las siguientes páginas.

5. RECOMENDACIONES Y TENDENCIAS SOBRE EL DISEÑO DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN EN LÍNEA

La idea que subyace en este estudio es que el diseño de los distintos procesos con implicaciones legales es relevante, también en el ámbito contractual. En este epígrafe II nos hemos acercado hasta ahora a distintas muestras de este interés, siquiera incipiente y por desarrollar, por parte del legislador y los tribunales. Sin embargo, como hemos podido comprobar, en muchas ocasiones las llamadas a, por ejemplo, proporcionar una información «clara y comprensible», se quedan en un plano superficial sin dar indicaciones suficientes para saber cómo conseguir sobre el terreno ese objetivo y cómo darle forma a la información exigida por la ley³⁹. Por otro lado, la jurisprudencia, que es, sin duda, una ayuda para interpretar y aplicar las normas al caso concreto, resulta

³⁹ SEIZOV, O.; WULF, A. J.; LUZAK, J., *JCP*, p. 19; ROSSI, A.; DUCATO, R.; HAAPIO, H.; PASSERA, S., *DCCR*, p. 20.

una vía muy lenta y no siempre los jueces tienen una especialización o formación con este perfil.

Así las cosas, se ha puesto de relieve por parte de la doctrina la necesidad de guías provenientes de los órganos comunitarios para aplicar el principio de transparencia en el Derecho de consumo⁴⁰ y desde hace tiempo se han venido proponiendo pautas u opciones de diseño, especialmente en el ámbito digital, para conseguir un contrato «de abogados para usuarios», en una expresión típica del *legal design*⁴¹.

Procederemos a recoger aquí algunas de esas ideas respecto de cómo hacer llegar la información al consumidor, cómo disponer las distintas pantallas de un contrato en línea y cómo abordar desde el diseño incidencias detectadas en la interacción del consumidor en la contratación en el ámbito digital y que atañen a su protección.

- DISEÑO DE LA INFORMACIÓN

Comenzando por lo primero, la contratación en línea a través de una interfaz permite recurrir a recursos no disponibles en la contratación por escrito y que ayudan a limitar la sobrecarga por exceso de información. Algunas de estas técnicas son los –ya conocidos por nosotros– hipervínculos, pero también el *mouseover* (hacer aparecer información al pasar el ratón por encima de un texto o de una imagen), el uso de *pop-ups* (ventanas emergentes que aparecen de forma automática en la interfaz mientras se navega) o *drop-downs* (ventanas desplegables). La ventaja de estos segundos recursos respecto de los hipervínculos es que pueden activarse sin una acción específica del consumidor, de tal forma que permitiría a los consumidores pasivos obtener la información necesaria⁴² y se reducirían ciertas reticencias analizadas en el apartado sobre el uso de hipervínculos para proporcionar información.

En este sentido, se ha propuesto el uso de definiciones de términos legales mediante *pop-ups* o con la función *mouseover* como mecanismo para aumentar el entendimiento del usuario de conceptos relevantes en el contrato sin añadir más contenido por defecto que interfiera en su experiencia⁴³. Por otra parte, no es nuevo ni reciente el uso de capas con hipervínculos, menús expandidos o tablas de contenidos para mejorar la accesibilidad y entendimiento de la información,

⁴⁰ LOOS, M.; LUZAK, J., 2021, p. 42.

⁴¹ HUOVINEN, K., 2021, p. 182.

⁴² SEIZOV, O.; WULF, A. J.; LUZAK, J., *JCP*, p. 24.

⁴³ SEIZOV, O.; WULF, A. J.; LUZAK, J., *JCP*, p. 39.

especialmente cuando el espacio disponible es limitado como, por ejemplo, en los móviles o dispositivos conectados (pantalla del coche, smartwatch, etc.)⁴⁴. Tampoco que técnicas como estructurar y compartimentar bien la información, utilizando viñetas y sangrías y ubicando contenido similar de una manera próxima, hace que sea más fácil de comprender y retener⁴⁵.

Asimismo, se ha alertado sobre la existencia de diferentes perfiles de usuarios al acercarse a la información que, a su vez, implican distintas necesidades: así, por ejemplo, guías detalladas son recibidas positivamente por un usuario inexperto mientras que los usuarios más expertos o formados prefieren instrucciones menos pormenorizadas. Para salvar esta distancia, se ha propuesto presentar dos versiones, en la que en una de ellas los detalles se pudieran esconder o no, según la voluntad del lector⁴⁶.

Nótese que, en todo caso, la pertinencia del uso de unas u otras técnicas y su intensidad también va a depender mucho del dispositivo al que se refieran: las dimensiones o las funciones de la pantalla (que sea pantalla táctil o no o la posibilidad de uso de ratón) condicionan lógicamente el diseño. Por ejemplo, una tabla de contenidos será especialmente útil en pantallas pequeñas⁴⁷.

A su vez, el lenguaje se ha revelado crucial para tener éxito en la transmisión y percepción por parte del consumidor de la información. Evidencias científicas señalan los beneficios de frases cortas y simples, sin incluir adverbios de frecuencia o de cantidad confusos, tiempos verbales que impliquen inseguridad respecto del grado de certeza, preguntas retóricas o el uso de la voz pasiva⁴⁸. Esta simplificación se propone en la medida de lo posible, porque se ha demostrado que simplificar el lenguaje excesivamente puede llevar, en ocasiones, a dificultar el entendimiento⁴⁹ y, por otro lado, porque algunas cuestiones jurídicas no se pueden fácilmente sintetizar sin perder rigurosidad.

Pero si hay un recurso sobre el que se ha llamado la atención para mejorar el diseño de los aspectos legales de las interfaces (aunque no solo de las interfaces) es el uso de dibujos, iconos o imágenes. No se aboga por sustituir los textos contractuales por imágenes sino más bien completarlos, aprovechando

⁴⁴ BUSINESS EUROPE, *Recommendations for a better presentation of information to consumers*, July 2019, p. 3; ROSSI, A.; DUCATO, R.; HAAPIO, H.; PASSERA, S., pp. 103-105.

⁴⁵ SEIZOV, O.; WULF, A. J.; LUZAK, J., *JCP*, p. 29; DATA PROTECTION WORKING PARTY (WP29), 2018, pp. 9-10.

⁴⁶ SEIZOV, O.; WULF, A. J.; LUZAK, J., *JCP*, pp. 28-29 y 39.

⁴⁷ ROSSI, A.; DUCATO, R.; HAAPIO, H.; PASSERA, S., *DCCR*, p. 103.

⁴⁸ DATA PROTECTION WORKING PARTY (WP29), 2018, pp. 9, SEIZOV, O.; WULF, A. J.; LUZAK, J., *JCP*, pp. 35 y 41; ROSSI, A.; DUCATO, R.; HAAPIO, H.; PASSERA, S., *DCCR*, pp. 85-86, 92. Todos los estudios en este sentido están referidos al idioma inglés, pero podrían extrapolarse a cualquier idioma en el sentido de referirse a términos imprecisos («podría», «puede», «posiblemente», «algunos», «a menudo», etc.).

⁴⁹ SEIZOV, O.; WULF, A. J.; LUZAK, J., *JCP*, p. 26. Por otro lado, se ha propuesto como parámetro simplificar un contrato de tal modo que un estudiante de instituto pudiera entenderlo (HUOVINEN, K., 2021, p. 194).

al máximo las ventajas relativas al modo de comunicación y apoyándose mutuamente⁵⁰. De hecho, ya en la guía de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 2011/83/UE (en la versión de 2014), se incluyen ejemplos del uso de iconos para mostrar la información precontractual a los consumidores en contratos sobre productos digitales en línea, ilustrando las distintas categorías con imágenes que se asocian con ellas (por ejemplo, duración del contrato se asimila a un temporizador o a una página de un calendario; condiciones de acceso a un candado cerrado, precio al símbolo del dólar, derecho de desistimiento a un signo de salida) y todo ello para diferentes entornos (escritorio de un ordenador y entorno de un teléfono móvil)⁵¹. Se trabaja, incluso, en combinar texto e imágenes a través de viñetas de cómic, que pueden atraer más la atención y aumentar la comprensibilidad de cierto sector del público objetivo⁵² (por ejemplo, adolescentes y videojuegos).

- DISEÑO DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN

En esta línea y avanzando un poco más, nos resulta de interés traer a colación un conjunto de recomendaciones elaboradas por organizaciones de empresarios a nivel europeo y referidas al modo de diseñar el proceso de contratación en línea. Se trata de las «*Recommendations for a better presentation of information to consumers*» presentadas por *Business Europe* en julio de 2019. Partiendo de la idea de que unos consumidores informados sobre sus derechos son unos consumidores con mayor confianza para comprar en el entorno digital, y que el número de malentendidos y disputas es inversamente proporcional a la mayor claridad de la información que hayan recibido, se centran en proponer al sector empresarial un «*Consumer Journey*», esto es, un itinerario para el consumidor en los contratos en línea con un margen para que cada entidad pueda personalizarlo⁵³.

⁵⁰ PASSERA, S., 2017, p. 40; BUSINESS EUROPE, 2019, p. 5; ROSSI, A; DUCATO, R.; HAPIO, H.; PASSERA, S., *DCCR*, pp. 84, 108-111; LOOS, M.; LUZAK, J., 2021, pp. 42-43; HUOVINEN, K., 2021, p. 195-196. Como señala Passera, el uso de elementos visuales en el contrato favorece la comprensión y mejora la percepción y las relaciones (pp. 40 y ss.).

⁵¹ COMISIÓN EUROPEA, 2014, pp. 77 ss.

⁵² ROSSI, A; DUCATO, R.; HAPIO, H.; PASSERA, S., *DCCR*, pp. 110-112.

⁵³ BUSINESS EUROPE, 2019, p. 3. Es interesante recordar cómo a la hora de decidir sobre políticas de protección a los usuarios hay que tener en cuenta también, en cierta medida, los intereses de los empresarios. En este sentido, si bien una estandarización «legal» del proceso de contratación podría aportar más seguridad al consumidor (al estilo de los *banners* de *cookies*, que se tienen que diseñar dentro de unas opciones concretas), también podría ser contraproducente al limitar la capacidad de diferenciación y la ventaja competitiva de las marcas o empresas.

Así, se resalta que cierta información debería estar visible permanentemente durante todo el proceso de contratación mientras que otra solo será relevante en determinados momentos. Ejemplo de lo primero sería, en la parte superior de la página web, la identificación del empresario y, en una franja inferior –mediante hipervínculos indicativos del contenido– referencias a una serie de aspectos, como el contacto de la empresa, el derecho de desistimiento o los mecanismos de resolución alternativa de conflictos⁵⁴. Aunque se señala que esta información debería estar visible incluso aunque el usuario haga *scroll* por la página, lo cierto es que esta franja con enlaces a distintos aspectos jurídicamente relevantes se suele ubicar en la práctica al final de la web, siendo necesario que el usuario se deslice hasta el final de la página para que aparezca (entendemos que porque la solución propuesta limitaría mucho el espacio central libre en la pantalla para presentar los productos o servicios en sí mismos).

Así, tras una página intermedia en la que se muestra una panorámica de los distintos productos junto con una mínima información de cada uno de ellos (proponen el precio, el tiempo y forma de entrega y los lugares a los que se hace entrega^{55 56}), se pasaría a otra pantalla en la que ya se muestra la información específica y más detallada del producto o servicio seleccionado. Aquí se añade, a las otras especificaciones, la duración del contrato, la forma de dar por terminado el mismo y el derecho de desistimiento (todo al lado de iconos que permiten, de un modo rápido, identificar el contenido de la información)⁵⁷. Por último, configuran el paso final del proceso a través de la pantalla de «verificación del pedido y pago», en la que se debe mostrar el contenido de la

⁵⁴ En concreto, información sobre el modo de contactar, las opciones de pago, dónde se realizan envíos, información sobre el derecho de desistimiento, sobre la garantía legal y una posible garantía comercial o servicios de postventa, mecanismo para presentar reclamaciones, ADR, condiciones generales de la contratación y, en su caso, código de conducta (BUSINESS EUROPE, 2019, p. 7).

⁵⁵ BUSINESS EUROPE, 2019, p. 10.

⁵⁶ Nos parece que las condiciones del envío (por ejemplo, si hay alguna restricción sorprendente respecto a los lugares o algún dato relevante como una cantidad mínima a alcanzar para que no haya que pagar gastos de envío) también pueden incluirse dentro de la información permanente y claramente visible (en ocasiones, en la práctica, esto se hace en una pequeña franja en la parte superior de la interfaz). Resaltar los lugares de envío en cada producto quizás no tiene sentido si la política que se aplica a todos los productos es la misma, se envía a toda España y la página está exclusivamente en español (lo que puede ser un indicio de que la empresa se dirige solo al mercado español). Sin embargo, si también la información se ofreciera en otros idiomas, sí que sería, a nuestro juicio, un elemento a resaltar en algún punto de la web que solo se realizaran envíos a un territorio concreto.

⁵⁷ BUSINESS EUROPE, 2019, p. 12. Para saber la información a detallar aquí habrá que estar, en nuestro caso, a los artículos 97 y 98 TRLGDCU. Hay que recordar que el artículo 98.2 obliga a indicar de una manera clara y destacada una serie de aspectos, a los que sumarían los del artículo 98.3. En la comparativa con el modelo propuesto, este último plantea resaltar, además, el derecho de desistimiento –de una manera, a nuestro modo de ver, acertada, tal y como señalamos en el apartado referente a la información precontractual–.

cesta sin necesidad de tener que ir a otras páginas web⁵⁸. Esta pantalla recopiatoria viene de la necesidad de poder revisar el pedido antes de obligarse definitivamente y detectar posibles errores⁵⁹. Insertar en esta pantalla referencias a otros productos para incitar a añadirlos a última hora a la cesta podría ser considerado como un patrón oscuro.

Aunque no se haga alusión a ello en el modelo propuesto, nos parece de utilidad para una mejor experiencia y mayor seguridad del consumidor incluir una barra de evolución de la operación en la parte superior de la interfaz, a través de la cual el consumidor pueda saber en todo momento en qué paso del proceso se encuentra y cuándo llega el momento definitivo en el que se vincula jurídicamente⁶⁰. Así lo mencionamos también al hilo de la configuración del botón de prestar el consentimiento, siendo, además, aquí, pertinentes todas las reflexiones vertidas en ese apartado sobre las características que debe cumplir este botón.

Por último, una vez concluido el contrato el empresario está obligado a proporcionar una confirmación del mismo en un soporte duradero con toda la información precontractual preceptiva por ley (salvo que se haya proporcionado antes en un soporte duradero, cualidad que no reviste el hecho de haber mostrado la información en diferentes pantallas del proceso de compra en la página web⁶¹). La confirmación normalmente se produce mediante el envío de un correo electrónico, pero podría servir una pantalla de confirmación que incluyera un botón para descargar un pdf o imprimirlo como modo de cumplir con el requisito de que la confirmación pueda ser «archivada por su destinatario»⁶².

• EL BOTÓN DE DESISTIMIENTO Y LAS PRUEBAS GRATUITAS

En otro orden de cosas y como consecuencia de una revisión de la adecuación del ordenamiento jurídico comunitario actual para afrontar los retos de la protección del consumidor (*Fitness Check of EU consumer law on digital fairness*⁶³), se detectaron entre las prácticas problemáticas más frecuentemen-

⁵⁸ BUSINESS EUROPE, 2019, p. 14.

⁵⁹ En el caso del ordenamiento jurídico español, el artículo 27.1.c) LSSI obliga a permitir al consumidor identificar y corregir errores en la introducción de sus datos (léase, de su pedido, en general).

⁶⁰ Las barras de evolución, *timelines* o *progress mechanisms*, aportan consistencia y claridad al usuario, según ROSSI, A.; DUCATO, R.; HAPIO, H.; PASSERA, S., *DCCR*, pp. 112-113 y 114-115.

⁶¹ Sí si se ha enviado por email, un catálogo o un email, BUSINESS EUROPE, 2019, p. 16.

⁶² Artículo 28.1.b) LSSI.

⁶³ Iniciativa y avances del proceso disponibles en https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13413-Digital-fairness-fitness-check-on-EU-consumer-law_en

te sufridas por los consumidores europeos las relacionadas con los obstáculos en el ejercicio del derecho a cancelar un contrato de tracto sucesivo (suscripción) y con el consentimiento a las versiones de prueba gratuita de los servicios digitales⁶⁴. En estas dos cuestiones nos detendremos muy brevemente para cerrar el presente apartado.

Efectivamente, un punto de la vida del contrato que se ha identificado como sensible en la protección al consumidor es el de la terminación del mismo por su voluntad. Aunque existe una regla por la que no puede ser más difícil poner fin a un contrato que formalizar dicho contrato (art. 62.3 TRLGD-CU), en el entorno digital han sido frecuentes las técnicas mediante las que el empresario busca dificultar el ejercicio de este derecho por diversas vías, como añadir pasos innecesarios al proceso, ocultar en la interfaz la ubicación del lugar desde el que se debe iniciar la comunicación o introducir elementos que distorsionen la voluntad del consumidor haciéndole sentir mal por su decisión. Este es, de hecho, un terreno abonado para el uso de los patrones oscuros, como tendremos oportunidad de ver en el epígrafe III.

Ante este escenario, se ha planteado la oportunidad de recurrir al diseño de interfaces para incluir en la página web o aplicación un botón de cancelación, al estilo del botón de confirmación del contrato al que aludíamos en el apartado anterior. Es una idea que se refleja ya en el artículo 1.3 de la Directiva 2023/2673 de servicios financieros a distancia, respecto del ejercicio del derecho de desistimiento: se obliga al empresario a incluir en su interfaz, durante todo el plazo de desistimiento y de manera destacada y fácilmente accesible, una función –un botón– etiquetada con la expresión «Desistir del contrato aquí» o equivalente, que permita al consumidor enviar su declaración en línea, confirmando la operación en una segunda pantalla informativa y con el botón «Confirmar desistimiento» o equivalente y recibiendo acuse de recibo del empresario, sin demora indebida, en un soporte duradero. Por otro lado, también es un mecanismo protector materializado en dos países de nuestro entorno: Alemania y Francia.

En el primer caso, desde julio de 2022 el §312k del Código civil alemán recoge un procedimiento especial y detallado para la terminación en dos pasos de los contratos de consumo en línea y de tracto sucesivo (en el que parece basarse la Directiva antes referida). En un primer paso, el consumidor deberá hacer clic en un botón –permanentemente disponible y de inmediato y fácil acceso– etique-

⁶⁴ EUROPEAN COMMISSION, 2023b, p. 3. Otros de los problemas más experimentados estaban relacionados, precisamente, con el diseño de las páginas web o aplicaciones (confusas, generando incertidumbre acerca de lo que se estaba contratando o los derechos y obligaciones; lenguaje o diseño que presiona para comprar algo).

II. MANIFESTACIONES DE LA PREOCUPACIÓN POR EL LEGAL DESIGN EN EL... ■

tado con la expresión «Cancelar contrato aquí» («*Verträge hier kündigen*») o análoga. Esta acción llevará al consumidor a una segunda página en la que el consumidor facilitará cierta información⁶⁵ y que contendrá un segundo botón con la etiqueta «Cancelar ahora» («*Jetzt kündigen*») o análoga. El proceso debe estar configurado de tal manera que el consumidor pueda guardar en soporte duradero su declaración de cancelación y reciba confirmación inmediata del empresario de la recepción de la declaración de cancelación.

De similar forma enfoca el Código de consumo francés la terminación del contrato «en tres clics»⁶⁶ en el artículo L215-1-1, en vigor desde el 1 de junio de 2023⁶⁷ y de aplicación a los contratos de consumo y de seguro: el empresario pondrá a disposición del consumidor un dispositivo que le permita notificar la terminación del contrato, tras lo cual debe confirmar el comerciante su recepción en un soporte duradero y en un plazo razonable. Resulta interesante señalar que una norma ha desarrollado las condiciones de acceso y utilización del dispositivo de terminación, precisando, por ejemplo, que el empresario no puede exigir al consumidor que cree un espacio personalizado en su sitio web o aplicación para poder notificar la terminación del contrato o las formas posibles de identificación del contrato mediante un formulario predispuesto⁶⁸.

De esta suerte, se ha propuesto generalizar este procedimiento fuera del ámbito de la Directiva de servicios financieros a distancia y también respecto de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo⁶⁹, estandarizando normativamente un botón de terminación del contrato.

A pesar de la propuesta, los autores también aluden a las debilidades del sistema en su aplicación en Alemania, al señalar que algún empresario ha introducido el botón, pero requiriendo una contraseña al consumidor, con lo que, por otra vía, se vuelve a dificultar el ejercicio del derecho⁷⁰. Aunque la regulación tiene sus límites y la realidad va muchas veces por delante, nos parece que quizás incluir una mención como la francesa, aludiendo a que el empresario no puede exigir darse de alta en un sitio especial, podría acotar este problema.

Cambiando de cuestión y en lo que a las pruebas gratuitas respecta, el hecho de que el empresario pida en muchos casos los datos económicos del usuario permite que el paso de la versión gratuita de una suscripción a la de pago pueda ser configurada como tácita: si, pasado el tiempo, el consumidor no se opone, automáticamente se transforma en un servicio de pago.

⁶⁵ Concretamente sobre el tipo de terminación, la identificación del consumidor y del contrato, la fecha en la que se pondrá fin a la relación contractual.

⁶⁶ Así se denomina en <https://entreprendre.service-public.fr/actualites/A16599>

⁶⁷ Modificado por la *Loi* n° 2022-1158, de 16 de octubre 2022.

⁶⁸ *Décret* n° 2023-417, *relatif aux modalités techniques de résiliation des contrats par voie électronique* (31 de mayo de 2023).

⁶⁹ SØRENSEN, M. J.; ROTT, P.; SEIN, K., 2023, pp. 13-14.

⁷⁰ SØRENSEN, M. J.; ROTT, P.; SEIN, K., 2023, p. 14.

Serían varias las fórmulas para pedir el consentimiento. En primer lugar, pedir los datos económicos y el consentimiento del consumidor para la prueba gratuita y la posterior versión de pago, proporcionando la información de que, pasado el tiempo correspondiente, se convertirá en una suscripción de pago; en un momento posterior se avisa al consumidor de que se va a producir el cambio y se le da la posibilidad de cancelar. En segundo lugar, pedir los datos económicos y el consentimiento del consumidor a la prueba gratuita con toda la información de que en un momento posterior se convertirá en un servicio de pago, pero, para ello, llegado el momento, el empresario tendrá que pedir el consentimiento expreso del consumidor para el cambio (es decir, en la primera opción, si el consumidor no realiza ninguna acción, se pasa al servicio de pago; en esta, si el consumidor no realiza ninguna acción, se acaba la relación). En tercer lugar, no pedir los datos económicos del consumidor en el momento de concertar la prueba gratuita sino después, cuando llegue el momento de pasar a la versión de pago, momento en el que, no solo habrá que consentir sino también completar los datos económicos⁷¹.

La tercera opción sería la más garantista para el consumidor y posiblemente la más coherente puesto que, estrictamente hablando, no se ve la necesidad de que un consumidor tenga que proporcionar sus datos económicos para una versión gratuita de prueba. Consideramos que la segunda también supondría una protección en la medida en que el consumidor tiene que manifestar su consentimiento, esto es, tiene que llevar a cabo un comportamiento activo específicamente encaminado a vincularse jurídicamente en una obligación onerosa (es decir, eliminaríamos los cambios a suscripciones de pago por olvido, por ejemplo)⁷². Cosa distinta es la influencia que pudieran tener prácticas de diseño engañosas, manipulativas o coercitivas, como los patrones oscuros, en la prestación de ese consentimiento. Pero de eso nos encargaremos en el epígrafe III.

6. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DESDE EL DISEÑO

Si hay un ámbito en el que desde hace tiempo el diseño de las interfaces tiene un peso sustancial y en el que se han manejado conceptos como la información por capas, las casillas no premarcadas, la importancia del lenguaje, la

⁷¹ Opciones basadas en SØRENSEN, M. J.; ROTT, P.; SEIN, K., 2023, p. 19.

⁷² Además, exigir ese consentimiento igualmente tendría un efecto protector en aquellos casos en los que el empresario pudiera recurrir a triquiñuelas –como cobrar 1 céntimo– para justificar pedir los datos económicos (SØRENSEN, M. J.; ROTT, P.; SEIN, K., 2023, p. 19).

organización estructurada y ordenada de la información o el uso de enlaces, entre otros, es el de la protección de datos personales. Y ha tenido un desarrollo en este sentido especialmente en el ámbito digital, pues es en él donde existe, sin duda, una mayor exposición y riesgo por parte del sujeto a que se acceda a sus datos personales y a que estos sean tratados ilícitamente.

Principios como el de lealtad y transparencia o el de protección de datos desde el diseño y por defecto o los concretos requisitos para una válida prestación del consentimiento al tratamiento de datos personales son algunos de los límites a tener en cuenta. En todo caso, nos remitimos en este punto a lo dispuesto en el epígrafe III acerca del RGPD y la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (en adelante, LOPD) pues es allí, al hilo del estudio de los patrones oscuros, donde desarrollaremos los distintos principios y reglas en materia de protección de datos que están relacionados con el diseño de las interfaces de usuarios⁷³.

⁷³ Concretamente, III.5.2 y III.5.6.

III. LOS PATRONES OSCUROS EN EL DISEÑO DE LAS INTERFACES DE USUARIO

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE LOS PATRONES OSCUROS O *DARK PATTERNS*

Como se ha argumentado en la primera parte del trabajo, el diseño de los procesos en el entorno digital y el modo de disponer los distintos elementos tienen un peso crucial en la recepción de la información y el consecuente comportamiento del usuario. En este sentido, como también se ha anticipado, es habitual que en las páginas web o en las aplicaciones que se utilizan como soporte para la contratación *online* se incluyan «trucos» que incitan al usuario a realizar acciones realmente no queridas por él, como comprar o suscribirse a algo.

Imaginemos que estamos navegando en internet utilizando nuestro dispositivo móvil y vemos un pelo en la pantalla. La reacción más lógica por nuestra parte será la de deslizar el dedo sobre el dispositivo para eliminarlo. En ese momento nos damos cuenta de que no era un pelo real sino una imagen que había insertado el empresario sobre un anuncio para que nuestro movimiento sobre la pantalla nos llevase a la página web del anunciante. Esta maniobra es un ejemplo –especialmente burdo– de los conocidos como *dark patterns* o «patrones oscuros» que nos sirve para ilustrar cómo el diseño puede utilizarse en contra del usuario¹.

El concepto de *dark pattern* fue acuñado por Harry Brignull en 2010² y ha sido ya reconocido por el legislador europeo en la actualidad hasta el punto de

¹ Y, en este caso, aventuramos que quizás también en contra del propio empresario pues, ante una maniobra tan evidente, la percepción del anunciante por parte del consumidor es probable que no sea muy positiva. Como se verá a continuación, precisamente los patrones oscuros más agresivos pueden no ser los más eficientes para el empresario a largo plazo.

² Lo hizo en su página web <https://www.deceptive.design/> (inicialmente [darkpatterns.org](https://www.darkpatterns.org/)). En este sitio web se recoge desde entonces una categorización de «*deceptive designs*» así como nuevas técnicas o

que todas las normas comunitarias que se han publicado en los últimos años en las que el diseño de las interfaces de usuario puede tener alguna relevancia incluyen una referencia más o menos directa al fenómeno³. Como señalábamos, en la actualidad hay una preocupación evidente por parte de la Unión Europea por abordar y reducir el impacto en el mercado digital de este tipo de técnicas.

No hay una única definición aceptada de patrones oscuros⁴, pues se trata de un concepto amplio que engloba muchas prácticas diferentes. Se han intentado distintas aproximaciones, entre las que destacamos la de ser «técnicas mediante las que los diseñadores utilizan su conocimiento sobre el comportamiento humano para implementar características o pasos engañosos que no se alinean con lo que es mejor para el usuario»⁵ o «interfaces cuyos diseñadores conscientemente confunden a los usuarios, dificultan que expresen sus preferencias reales o manipulan a los usuarios para que realicen determinadas acciones»⁶. O, de manera más extensa, se han definido también como «prácticas comerciales que emplean elementos de la arquitectura de elección digital, en particular en interfaces de usuario en línea, que subvierten o perjudican la autonomía, la toma de decisiones o la capacidad de elección del consumidor [...]», que «[a] menudo engañan, coaccionan o manipulan a los consumidores y es probable que causen un perjuicio directo o indirecto al consumidor de diversas maneras, aunque puede ser difícil o imposible medir dicho perjuicio en muchos casos»⁷.

De modo abreviado, se suele hablar de los patrones oscuros como prácticas engañosas, aunque es cierto que, siendo estrictos, no todas tienen su base en un engaño. En la última definición se alude a tres situaciones diferentes: prácticas que engañen, coaccionen o manipulen a los usuarios. Si bien nos parece que los efectos de engañar y manipular en este contexto pueden ser, aun no exactamente coincidentes, sí relativamente paralelos (de alguna manera, la manipulación es un engaño), sí que podría aportar algún matiz diferenciador el efecto de coaccionar al usuario, puesto que, detrás de una coacción no tiene por qué haber un engaño. Por otra parte, eliminaríamos de la definición el requisito de que el engaño o confusión al usuario se produzca *conscientemente*

prácticas que resultan engañosas y que se van incorporando como consecuencia de «denuncias informales» de usuarios (en un apartado con el muy descriptivo nombre de «*Hall of shame*»).

³ Por ejemplo, en el Considerando 67 de la versión inglesa del Reglamento de Servicios Digitales se habla expresamente de «*dark patterns on online interfaces*». En la versión en español no se utiliza la traducción literal «patrones oscuros» sino «interfaces engañosas». Nosotros manejamos a lo largo del trabajo el término «patrones oscuros», pues es el que se utiliza en la doctrina y el ampliamente reconocido.

⁴ Así lo señalan también KAPROU, E., *EuCML*, p. 80; ROSCA, C., *LB Maastricht U*.

⁵ GRAY, C. M.; KOU, Y.; BATTLES, B.; HOGGATT, J.; TOOMBS, A. J., *CHI*, p. 1.

⁶ LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, p. 3.

⁷ OECD, 2022, p. 8.

por parte de quien emplea los patrones oscuros o, al menos, lo dejaríamos referido solo a los diseñadores informáticos y no al empresario titular de la página web o aplicación informática. Aunque es obvio que en el diseño de las interfaces nada se deja al azar, que el uso de unas arquitecturas u otras se basa en experimentos del comportamiento humano y que se emplean, precisamente, para afectar la toma de decisiones del usuario, es denominador común al fenómeno de los patrones oscuros, como tendremos ocasión de señalar, que no se exija una intencionalidad en este sentido para ser considerados como tales.

En todo caso, sea cual sea su definición concreta, lo que es obvio es que los patrones oscuros pueden llegar a afectar al comportamiento, en general, y al consentimiento, en particular, que presta el usuario.

2. INCIDENCIA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LAS TÉCNICAS DE PERSONALIZACIÓN

Este tipo de maniobras, consistentes en persuadir a los consumidores para que contraten, para que se relacionen con el entorno del empresario en condiciones más beneficiosas para él o para que inviertan allí más tiempo, en mayor o menor medida, siempre han existido, tanto en el mundo en línea como fuera de él. Pero, en la actualidad, gracias al *big data* y la inteligencia artificial, el problema se agrava por la cantidad de datos y la personalización que pueden llegar a alcanzar intentando explotar cualquier vulnerabilidad del usuario, elementos que hacen de estos patrones unas técnicas especialmente interesantes para los empresarios⁸.

Efectivamente, por un lado, la interacción de los usuarios con aparatos continuamente conectados a internet permite al empresario obtener una gran cantidad de información sobre su comportamiento; por otro, el uso de algoritmos automatizados basados en la inteligencia artificial y el uso de nuevas herramientas de análisis le posibilita procesar los datos a una gran velocidad y escala y personalizar la experiencia del usuario de una manera muy detallada⁹.

Esto hace que se pueda desarrollar una experiencia de usuario más eficiente desde un punto de vista positivo para este¹⁰, pero también que puedan

⁸ LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, pp. 49 y 50; COMISIÓN EUROPEA, 2021, p. 100; CÁMARA LAPUENTE, S., 2022a, p. 388.

⁹ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, 2022, p. 45; OECD, 2023, p. 23.

¹⁰ Por ejemplo, *Netflix* se apoya en algoritmos para personalizar la ilustración de cada título que ofrecen, en función de los gustos de cada usuario. Es decir, en función de las series o películas que se consuma previamente, elegirán una u otra imagen para la carátula del resto de títulos de su oferta, buscando atraer al usuario (así, si le gusta el misterio, buscarán una escena con ese perfil; si le gusta la comedia

diseñar los distintos elementos de la interfaz digital de una manera personalizada al perfil del usuario, explotando sus vulnerabilidades al dirigirse a ellos (por ejemplo, teniendo en cuenta dónde viven, si sufren alguna enfermedad vulnerable, adicciones, su situación económica o según su situación emocional en ese momento concreto)¹¹.

Así, se ha visto cómo se podría establecer qué tipo de preguntas engañosas funcionan con un usuario según su perfil y utilizarlas, descartando las que no obtienen resultados; qué usuarios pueden caer más fácilmente en suscripciones o compras trampa; quién invertiría más tiempo en buscar la vía para ejercitar sus derechos aunque estuviera oculta y quiénes, por el contrario, desistirían rápidamente; quiénes se quejarían y quiénes no; quiénes se sentirían afectados por técnicas que buscan hacerles sentir culpables y sobre quiénes no tendrían efecto esa estrategia en ese momento concreto¹².

Además, el empresario puede optimizar de forma continua la interfaz de una manera relativamente fácil, rápida y con bajo coste –sobre todo a diferencia del entorno físico– a través de las conocidas como «pruebas A/B», esto es, pruebas que consisten en ensayar diferentes variantes de diseño de una interfaz con un número relevante de usuarios y averiguar qué cambio en el comportamiento de los usuarios provoca cada decisión de diseño¹³.

En definitiva, los patrones oscuros no son un fenómeno nuevo, pero, gracias a la configuración del mercado digital actual, tienen un efecto mayor que antes en este propio entorno y, desde luego, una mayor eficacia que en el mundo físico. Como veremos, la personalización de las técnicas de diseño intensifica la vulnerabilidad de *todo* usuario, sea o no vulnerable desde el punto de vista más tradicional del concepto.

3. CLASIFICACIÓN ABIERTA DE LOS PATRONES OSCUROS

Del mismo modo que ocurre con la definición, tampoco existe una clasificación oficial o consensuada sino múltiples que ha ido creando la doctrina

romántica o determinado actor, utilizarán una imagen que dé relevancia a este contenido o una imagen de dicho actor) (NETFLIX TECHNOLOGY BLOG, *Netflix TechBlog*).

En otro plano, resalta la utilidad de la personalización para que el empresario pueda cumplir con la obligación de información al consumidor de una manera más eficiente –información a medida de sus características y necesidades que reduciría el riesgo de una sobrecarga de información– BUSCH, C., *UCLR*, pp. 309-332, en especial, 325.

¹¹ OECD, 2022, p. 29.

¹² HELBERGER, N.; LYNSKEY, O.; MICKLITZ, H. W.; ROTT, P.; SAX, M.; STRYCHARZ, J., 2021, pp. 110-111.

¹³ RIEGER, S.; SINDERS, C., *SNV*, pp. 9 y 15.

siguiendo distintos criterios¹⁴¹⁵. Es de resaltar que estos listados no son *numerus clausus*¹⁶ pues con el tiempo y el desarrollo pueden ir surgiendo otras técnicas de manipulación al usuario. Por otra parte, es frecuente el uso combinado de varias de ellas durante el proceso de contratación¹⁷.

Un primer ejemplo vendría representado por las técnicas de «persistencia o acoso», esto es, la insistencia de manera reiterada sobre determinadas acciones que son preferidas por el empresario con la intención de que, para evitar la molestia que suponen estas intromisiones o interrupciones, el usuario acabe aceptando la opción propuesta. Dentro de esta técnica, conocida como *nagging*, se enmarcarían, por ejemplo, los *pop-ups* con mensajes preguntando si el usuario desea recibir notificaciones, siendo las únicas opciones «Sí» y «De momento», que no permiten realmente rechazar de plano el ofrecimiento¹⁸.

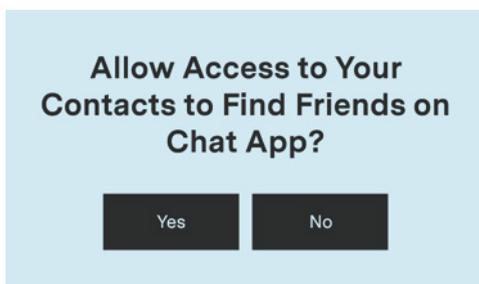


Figura 1. *Nagging*. Ventana que interrumpe la navegación preguntando si se quiere dar el consentimiento a tener acceso a los contactos del usuario para encontrar amigos en la aplicación y que no da la opción de denegar de manera definitiva.

Fuente: <https://themarkup.org/2021/06/03/dark-patterns-that-mislead-consumers-are-all-over-the-internet>

¹⁴ Una recopilación de distintas tipologías se encuentra en LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, pp. 10 y 12 y en MATHUR, A.; MAYER, J.; KSHIRSAGAR, M., *CHI*, pp. 3 ss.; 7 y 8; OECD, 2022, p. 53. Estas clasificaciones son las clásicas y son similares entre ellas.

La *Competition & Markets Authority* británica diferencia solo tres grandes categorías: prácticas basadas en la estructura en la que se presenta la elección al consumidor; prácticas basadas en la información sobre la elección que se proporciona al consumidor; prácticas basadas en la presión e influencia en la elección del consumidor (COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, 2022, pp. 14 ss.).

Por su parte, el *European Data Protection Board* clasifica los patrones oscuros en: sobrecarga (overloading), ocultación (*skipping*), apelación a las emociones (*stirring*), obstaculización (*hindering*), inconsistencia (*fickle*), ocultación u oscuridad (*left in the dark*) (EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2022, p. 2).

¹⁵ Nosotros seguiremos, con alguna adaptación, la clasificación de LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, p. 12.

¹⁶ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2022, p. 2.

¹⁷ LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, p. 13.

¹⁸ GRAY, C. M.; KOU, Y.; BATTLES, B.; HOGGATT, J.; TOOMBS, A. J., *CHI*, p. 5; LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, p. 7.

También las conocidas como «técnicas de obstrucción» son consideradas una categoría de patrones oscuros. En esta categoría encajan las artimañas que hacen que el proceso de darse de baja, al contrario que el de contratar, sea muy complicado, con múltiples barreras que buscan disuadir al usuario de su acción (patrones conocidos como *roach motel* –llamar a un teléfono en un horario limitado, obligación de pasar por múltiples pantallas con largos textos y similares–)¹⁹.

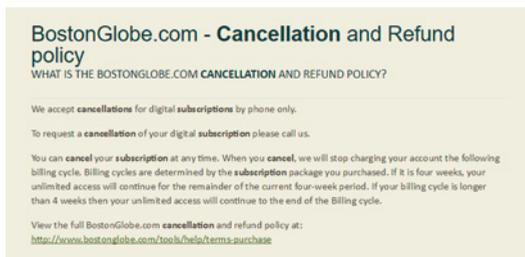


Figura 2. Cancelar una suscripción en línea requiere que el usuario llame por teléfono.

Fuente: <https://darkpatterns.uxp2.com/pattern/boston-globe-hard-to-cancel-subscription/>

Asimismo, técnicas obstruccionistas serían aquellas que dificultan la tarea de comparar precios (por ejemplo, impedir que se puedan copiar las características de un producto para complicar su búsqueda en internet)²⁰ o las *immortal accounts* o «cuentas inmortales», en las que la propia cuenta y/o la información vinculada no puede ser eliminada, bien porque se complica innecesariamente la forma de hacerlo, bien porque no se le da directamente la opción²¹.

Por su parte, con la intención de engañar al consumidor, en ocasiones se cargan al usuario bienes, servicios o costes a hurtadillas, sin informarle adecuadamente de ello (*sneaking*). Es el caso de las técnicas *sneak into basket*, mediante las que se añaden en la cesta de compra productos no solicitados y que pueden pasar desapercibidos o las renovaciones no deseadas de suscripciones de un servicio (*forced continuity*).

¹⁹ GRAY, C. M.; KOU, Y.; BATTLES, B.; HOGGATT, J.; TOOMBS, A. J., *CHI*, p. 6; LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, p. 7; MATHUR, A.; MAYER, J.; KSHIRSAGAR, M., *CHI*, p. 10.

²⁰ GRAY, C. M.; KOU, Y.; BATTLES, B.; HOGGATT, J.; TOOMBS, A. J., *CHI*, p. 6.

²¹ BÖSCH, C.; ERB, B.; KARGL, F.; KOPP, H., Pfattheicher, S., *PPET*, pp. 250-251; LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, p. 10.

III. LOS PATRONES OSCUROS EN EL DISEÑO DE LAS INTERFACES DE USUARIO ■

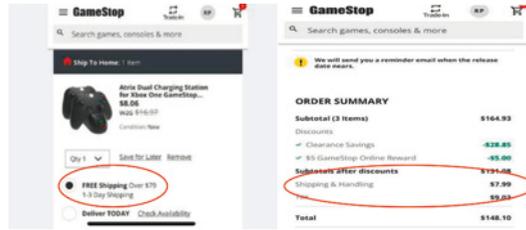


Figura 3. Los usuarios seleccionaban “Envío gratis”, pero se les añadía igualmente al precio a cobrar los gastos de envío.

Fuente: <https://twitter.com/RobertFreundLaw/status/1711798784680776008>

El mismo objetivo de confundir al usuario tienen las prácticas que suponen una «interferencia en el uso de la página web o aplicación informática», como aquellas que ocultan visualmente información importante recurriendo a diferente tamaño, formato, color de letra o ubicación o aquellas que juegan con las emociones (imágenes o lenguaje atractivo frente a otro desagradable²²). Según la técnica, son las conocidas como *hidden information*, *aesthetic manipulation* o *false hierarchy*.

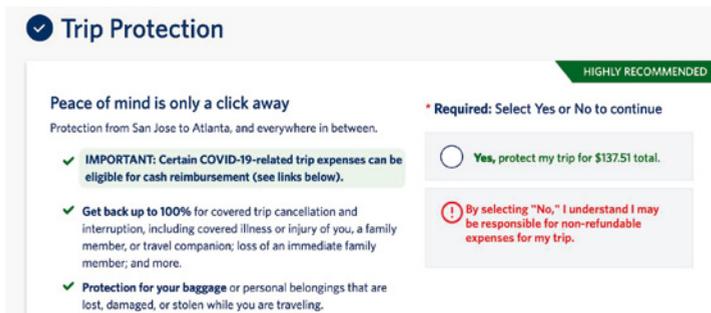


Figura 4. Información importante es visualmente ordenada de una manera (utilizando tamaño, color, ubicación...) para promover una opción específica (la preferida por el empresario).

Fuente: <https://twitter.com/TRanzetta/status/1571285428782919681>

También aquellas que marcan por defecto y de manera más resaltada o con una ruta más corta las opciones preferidas por el empresario (*preselection*) (en una pregunta pidiendo el consentimiento para el tratamiento de datos per-

²² GRAY, C. M.; KOU, Y.; BATTLES, B.; HOGGATT, J.; TOOMBS, A. J., *CHI*, p. 7.

sonales las dos opciones son «Sí» y «Opciones de configuración», debiendo pasar el usuario por siete ventanas para poder denegar el consentimiento²³).

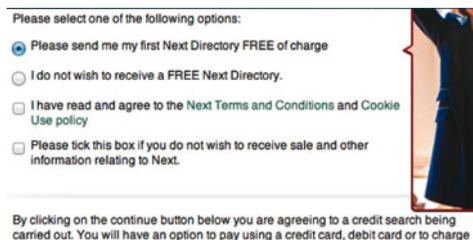


Figura 5. Preselección. La casilla preferida por el empresario (el envío del producto) está marcada por defecto y necesita de un comportamiento activo por parte del usuario para desmarcarla. Por otra parte, la opción en la que se pregunta sobre la voluntad de recibir ofertas e información del empresario exige que se marque la casilla para no recibir dichas comunicaciones, hecho que no es intuitivo para el usuario.

Fuente: <https://90percentofeverything.com/2013/07/23/the-slippery-slope/>

O aquellas que plantean preguntas ambiguas (dobles negativas, uso de casillas a seleccionar para excluir una opción en lugar de para aceptarla, como sería más razonable²⁴; opciones que no permiten al consumidor deducir qué acción es la adecuada para sus deseos²⁵).

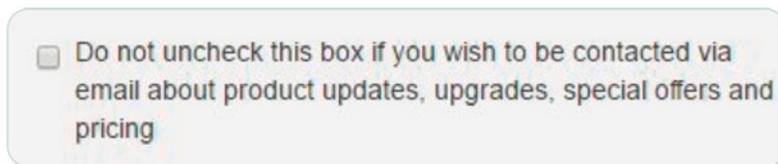


Figura 6. Cuadro que utiliza una formulación un tanto retorcida (doble negación) para pedir al usuario que manifieste su voluntad de ser contactado o no por correo electrónico. El tradicional “Marque esta casilla si quiere ser contactado” se redacta como «No desmarque esta casilla si quiere ser contactado». Para un usuario que lee rápido el mensaje y se fija en el verbo principal –desmarcar– puede generar confusión y que su acción sea la contraria a la deseada realmente.

Fuente: https://twitter.com/Omicron_o/status/847701153756270592?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E847701153756270592%7Ctwgr%5Ed5d9810dc8ba526f5bc72d089abed4070f707bb%7Ctwcon%5Es1_&ref_url=https%3A%2F%2Fconsultancy.com%2F13-examples-of-dark-patterns-in-ecommerce-checkouts%2F

²³ MATHUR, A.; MAYER, J.; KSHIRSAGAR, M., *CHI*, p. 10.

²⁴ GRAY, C. M.; KOU, Y.; BATTLES, B.; HOGGATT, J.; TOOMBS, A. J., *CHI*, p. 8.

²⁵ LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, p. 7.

III. LOS PATRONES OSCUROS EN EL DISEÑO DE LAS INTERFACES DE USUARIO ■

En la misma categoría encajan las denominadas como *confirmshaming*, que buscan hacer sentir culpable al usuario por desistir o rechazar una opción (por ejemplo, ante el ofrecimiento de una actualización de la aplicación del correo electrónico para el móvil, contraponer las opciones «Sí, quiero» con «No quiero un email más inteligente»²⁶).

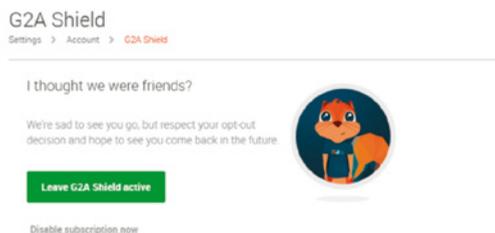


Figura 7. En este diseño se pueden identificar tres patrones oscuros: selección resaltada de la opción preferida por el empresario -mantener la suscripción-; obstáculos para darse de baja –en el caso real eran necesarios 100 clics para completar el proceso–; y, por último, jugar con las emociones o confirmshaming –a través de la imagen y de la pregunta «Pensaba que éramos amigos»–

Fuente: <https://darkpatterns.uxp2.com/pattern/g2a-shield-difficult-unsubscribe/>

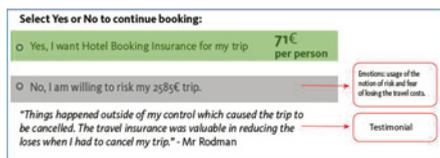


Figura 8. Incluir la expresión «No, estoy dispuesto a arriesgar mi viaje» hace que la configuración diste de ser neutral y busca generar en el usuario un sentimiento proclive a contratar el seguro.

Fuente: https://www.eiopa.europa.eu/tools-and-data/behavioural-insights-insurance-and-pensions-supervision/dark-patterns-insurance-practices-exploit-consumer-biases_en

Del mismo modo, interfieren en la navegación los *disguised ads*, esto es, anuncios que están integrados en la página web o en la aplicación generando la impresión de que se trata de contenido de la propia interfaz, de tal manera que se induce al usuario a hacer clic en ellos y no es hasta el momento en el que se le reconduce a otra página cuando se da cuenta de su naturaleza²⁷.

²⁶ BRIGNULL, H.

²⁷ GRAY, C. M.; KOU, Y.; BATTLES, B.; HOGGATT, J.; TOOMBS, A. J., *CHI*, p. 4.

Por otro lado, mensajes alertando de existencias muy limitadas de *stock* en un producto o de una demanda muy alta, o contadores que avisan de que el tiempo que queda para una compra es breve –haciendo de la escasez (*scarcity*) y la urgencia (*urgency*) un reclamo–, son consideradas también como patrones oscuros que encajan en la categoría de «urgency».



Figura 9. Concurren en esta figura ambos tipos de patrones oscuros: escasez y urgencia.
Fuente: <https://twitter.com/RobertFreundLaw/status/1677424217074323456>

También se han identificado como técnicas engañosas que pueden llevar a un gasto mayor del deseado el uso de la influencia social (*social proof*): mensajes informando sobre el comportamiento –compras, visitas– de otros usuarios (*activity messages*) o sobre afirmaciones realizadas por otros sujetos sobre un producto o servicio (*testimonials*), que pueden ser confusas o falsas²⁸.

Y cerrando la ilustración de patrones oscuros, debemos hacer mención a aquellas prácticas que obligan al usuario a aceptar ciertas acciones no queridas realmente por él. Se denominan «forced action» e incluyen situaciones como obligar al usuario a registrarse (proporcionando datos como su correo electrónico, fecha de nacimiento, dirección) para poder acceder a alguna funcionalidad para la que realmente no sería técnicamente necesario ese registro, siendo la única finalidad la de proporcionar datos personales (*forced registration*)²⁹; o ser inducido a proporcionar información acerca de los contactos del usuario sin que sea consciente de ello (*friend spam*)³⁰.

²⁸ MATHUR, A.; MAYER, J.; KSHIRSAGAR, M., *CHI*, pp. 3 y 12.

²⁹ BÖSCH, C.; ERB, B.; KARGL, F.; KOPP, H., PFATTHEICHER, S., *PPET*, p. 249.

³⁰ GRAY, C. M.; KOU, Y.; BATTLES, B.; HOGGATT, J.; TOOMBS, A. J., *CHI*, p. 4.

LinkedIn fue multada con trece millones de dólares en Estados Unidos por el uso de esta última técnica. Concretamente, la red social pedía al usuario que se registraba que le diera acceso a su lista de correos electrónicos para enviar a sus contactos continuas invitaciones de su parte. Sin embargo, lo hacía de un modo torticero, jugando con los botones y la información que se contenía en ellos y sin que el usuario fuera realmente consciente de que estaba consintiendo esta acción (BROWNLIE, J., *Fast Company*; BRIGNULL, H., *Deceptive Design*, en el apartado Types). La referencia del caso es *Paul Perkins, et al. v. LinkedIn Corporation*, Case No.: 13-CV-04303-LHK, *United States District Court*, N. D. California, San Jose Division.

4. EFECTOS DE LOS PATRONES OSCUROS

4.1 Algunos datos sobre su impacto

Un estudio reciente de la Comisión Europea reveló que casi un cuarenta por ciento de las webs consultadas incorporaban este tipo de prácticas manipuladoras³¹. Por su parte, según una investigación llevada a cabo en el marco del *European Union Consumer Programme* de la Comisión Europea en 2022, el noventa y siete por ciento de los treinta sitios web y aplicaciones más populares utilizados por los consumidores de la Unión Europea mostraban al menos un patrón oscuro³². Es decir, su presencia está totalmente arraigada y extendida en el ámbito digital y en todos los sectores³³.

Como hemos señalado, los patrones oscuros pretenden influir en el comportamiento de los usuarios orientándolo hacia los intereses del que diseña la interfaz. Evidentemente, no todas estas técnicas tienen un impacto apreciable en la formación de la voluntad de los usuarios. Pero existen estudios que demuestran que algunas de ellas pueden llegar a duplicar el número de sujetos que prestan su consentimiento —en comparación con el número de consentimientos que se daría usando un diseño web neutro y carente de patrones oscuros— y otras incluso hasta cuadruplicar ese número de usuarios³⁴. El primero es el caso de los patrones menos agresivos (como etiquetar como recomendada la opción preferida por la empresa, aunque no sea la mejor para el consumidor, o añadir una pantalla adicional en el proceso) pero que, en términos relativos, resultan más eficaces en cuanto al objetivo que se persigue porque, a diferencia de otros patrones más evidentes, no generan una gran molestia al consumidor ni, por tanto, una respuesta negativa hacia el empresario³⁵.

Por otro lado, también se ha demostrado mediante experimentos científicos que el perfil del usuario influye en la eficacia de los *dark patterns*, siendo los sujetos con menos formación o más edad más susceptibles de ser engañados o influenciados por estas técnicas y, por tanto, más vulnerables³⁶. No obstante, volveremos sobre esta cuestión con mayor profundidad porque, de una u

³¹ EUROPEAN COMMISSION, 2023a, p. 1.

³² LUPIÁÑEZ-VILLANUEVA, F.; BOLUDA, A.; BOGLIACINO, G. L.; LECHARDOY, L.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T., 2022, pp. 6 y 120.

³³ Por ejemplo, también en el sector seguros, como demuestra European Insurance and Occupational Pensions Authority.

³⁴ LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, p. 5.

³⁵ LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, p. 48.

³⁶ LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, p. 5.

otra manera, todos los usuarios son especialmente vulnerables frente a estas prácticas³⁷.

Por último, no es una cuestión menor el hecho de que la información no parezca ser una solución real a los patrones oscuros pues el momento de reflexión no evitó el efecto de los patrones oscuros en los estudios llevados a cabo. Los consumidores no siempre son conscientes de estas prácticas, pero, cuando lo son, parece que lo aceptan como una parte normal de su experiencia y se acostumbran³⁸. Este dato puede ser significativo a la hora de abordar la regulación de los patrones oscuros, pues hace que una protección basada en el extendido mecanismo de proporcionar información, tan usado en Derecho de consumo, sea poco apropiada por poco efectiva.

4.2 Del impacto individual al impacto colectivo

En todo caso, el impacto del uso de prácticas engañosas en el ámbito digital –sea el que fuere, según la práctica– presenta distintas dimensiones.

Por un lado, claro está, el *impacto individual*. Al fin y al cabo, los patrones oscuros pretenden influir en el comportamiento de cada uno de los usuarios para que realicen la acción más deseada o preferible para el empresario. Esto se puede traducir en diversos daños, tanto de naturaleza económica como no económica. La doctrina ha clasificado la afectación al bienestar individual en tres tipos de daños³⁹.

En primer lugar, daño consistente en una pérdida económica, que puede venir dada por haber adquirido el usuario algún producto o contratado algún servicio que realmente no era querido o por haber gastado más dinero del inicialmente pretendido. Esto puede ocurrir, de manera más o menos directa, si, por ejemplo, la práctica tiene como efecto añadir productos a la cesta de la compra (*sneak into basket*), si se urge al usuario a contratar advirtiéndole de que quedan pocas unidades disponibles (*scarcity*) o de que la supuesta oferta se acaba en unas pocas horas (*urgency*), si se esconde información sobre los costes reales (*hidden costs*) o si se dificulta desproporcionadamente darse de baja de una suscripción (*roach motel*), pues, en este último caso, se seguirán

³⁷ Ver epígrafe III.9.

³⁸ LUPÍÁÑEZ-VILLANUEVA, F.; BOLUDA, A.; BOGLIACINO, G. L.; LECHARDOY, L.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T., 2022, p. 120. Cuestionan también los límites de la información por sí sola para incidir en el comportamiento de los consumidores COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, 2022, p. 48.

³⁹ MATHUR, A.; MAYER, J.; KSHIRSAGAR, M., *CHI*, pp. 9-10; OECD, 2022, pp. 24 ss.; GRAEF, I., *TILEC*, p. 4.

pagando las cuotas aunque esta situación no coincida con la voluntad real del usuario.

Por ejemplo, tras un estudio del *European Consumer Centre Sweden*, se concluyó que consumidores de Bélgica, Austria, Suecia, Finlandia, Noruega y los Países Bajos se habían gastado, de media, 116 euros en los tres años anteriores como resultado de trampas de suscripciones en línea (en concreto, las llamadas «*too-good-to-be-true offers*», como paquetes de prueba temporalmente gratuitos)⁴⁰. Por su parte, de un estudio sobre patrones oscuros llevado a cabo por el *Consumer Policy Research Centre* de Australia resultó que el 20% había gastado más de lo que quería, el 17% se sintió presionado a comprar algo y el 9% había comprado accidentalmente algo^{41 42}.

En segundo lugar, junto a pérdidas financieras, los individuos sufren también daños relacionados con la privacidad derivados de compartir más datos personales de los que se quería o se era consciente, porque, por ejemplo, había opciones favorables a autorizar el tratamiento de datos preseleccionadas por defecto (*bad defaults*), porque la información sobre las finalidades del tratamiento no está clara (*hidden information*) o porque se envían mensajes continuos que interrumpen la navegación solicitando un consentimiento (*nagging*).

El estudio australiano previamente mencionado concluyó que uno de cada cuatro consumidores consultados había compartido más información personal de la que querían debido al uso de patrones oscuros⁴³.

En tercer lugar, y finalmente, los patrones oscuros pueden generar daño psicológico causado por sentimientos como la frustración o el estrés y por el bienestar que se pierde por el tiempo, energía y atención invertidos debido a estas prácticas, que incitan al usuario a pasar más tiempo conectado o consultando una aplicación, juego o página web⁴⁴.

En este último sentido, se ha demostrado cómo ciertas prácticas son usadas para atraer la atención del usuario y crear una adicción a determinadas plataformas, en lo que podría ser una categoría especial respecto de los tradicionales patrones oscuros. Se trata del uso de técnicas como recomendaciones –se atrapa al usuario con sugerencias–; *autoplay* –cuando en *Youtube* se reproduce un video

⁴⁰ EUROPEAN CONSUMER CENTRE SWEDEN; THE SWEDEN CONSUMER AGENCY, 2017, pp. 3, 83.

⁴¹ CONSUMER POLICY RESEARCH CENTRE, 2022, p. 27.

⁴² Una tabla recopilatoria con distintos experimentos científicos que evidencia la pérdida financiera, entre otros, como consecuencia del uso de patrones oscuros en OECD, 2022, pp. 65-66.

⁴³ CONSUMER POLICY RESEARCH CENTRE, 2022, p. 6.

⁴⁴ MATHUR, A.; MAYER, J.; KSHIRSAGAR, M., *CHI*, p. 10; OECD, 2022, pp. 25-26. CONSUMER POLICY RESEARCH CENTRE, 2022, p. 27, resalta cómo el 40% de los usuarios encuestados se había sentido molesto usando una página web o una aplicación.

automáticamente al finalizar el anterior–; *pull-to-refresh* –con el simple movimiento de arrastrar la pantalla hacia abajo se cargan las novedades–; *infinite scrolling* –nunca dejan de aparecer contenidos en la página al llegar al final de la pantalla–; o *social investment* –recibir reacciones, *likes* y comentarios–⁴⁵.

Sin embargo, los efectos de los patrones oscuros no se agotan en los daños al individuo concreto. Teniendo en cuenta lo extendido de su uso en el entorno digital hoy en día y el gran número de usuarios a los que llegan, tampoco son deseables desde el punto de vista *colectivo*. Así, se ha sostenido que los patrones oscuros pueden generar fallos de mercado, afectar a la confianza de los consumidores en el mercado digital e, incluso, a la libre competencia⁴⁶, efectos negativos no desdeñables. Desde el punto de vista del funcionamiento del mercado, el hecho de que los patrones oscuros generen un comportamiento irracional sistemático de los sujetos da lugar a una asignación ineficiente de recursos y justifica la intervención⁴⁷. También el bienestar colectivo se ve afectado por las prácticas engañosas en la medida en que repercuten en la credibilidad del empresario, que es visto con recelo por parte de los usuarios que detectan algún intento de influir en su comportamiento⁴⁸. Pero esta desconfianza se extrapola a todos los empresarios en el ámbito digital, ya recurran a patrones oscuros o no lo hagan, de tal modo que aquellos con un comportamiento reprochable pueden no ser los únicos que paguen el precio⁴⁹. Por último, los patrones oscuros pueden tener un impacto en la competencia cuando se trata de mercados muy concentrados, como es el digital, en el que hay unos pocos grandes proveedores⁵⁰. Esta afectación puede venir dada, por ejemplo, bajo la forma de barreras de entrada, como unos altos costes de cambio de un empresario a otro (patrones oscuros que obstruyan darse de baja), pretendiendo ganar cuota de mercado vinculando productos que no están relacionados (opciones premarcadas por defecto) o desincentivando la comparativa de ofertas entre distintas empresas (ej. información de algunos componentes del precio

⁴⁵ MONGE, A.; DE RUSSIS, L., *CHI*, pp. 2-3. Estos autores definen los patrones que buscan captar la atención como diseños o funcionalidades que explotan las vulnerabilidades psicológicas de las personas para maximizar el tiempo invertido, las visitas diarias y/o las interacciones en un servicio digital contra su voluntad (p. 2).

⁴⁶ Con algunas ligeras diferencias en la clasificación, pero manteniendo la misma idea de fondo, MATHUR, A.; MAYER, J.; KSHIRSAGAR, M., *CHI*, pp. 10-11; OECD, 2022, pp. 26-28; DI PORTO, F.; EGBERTS, A., *ELJ*, pp. 122-127.

⁴⁷ DI PORTO, F.; EGBERTS, A., *CHI*, pp. 123-124.

⁴⁸ LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, pp. 24-27, demuestran que el uso de patrones oscuros puede volverse en contra del empresario porque puede irritar a los usuarios y llevarlos a querer evitar interactuar con la empresa en el futuro.

⁴⁹ MATHUR, A.; MAYER, J.; KSHIRSAGAR, M., *CHI*, p. 11. También sobre la menor confianza y compromiso, OECD, 2022, pp. 27-28.

⁵⁰ DI PORTO, F.; EGBERTS, A., *ELJ*, p. 125.

ocultos)⁵¹. Además, una característica de algunos operadores en la que debe repararse para tener conciencia de la dimensión de los problemas de competencia que se plantean es el hecho de que algunos de los operadores son, a la vez, plataforma que aloja ofertas de empresarios y vendedor de sus propios productos y servicios en competición con los anteriores⁵².

Esta no es una preocupación reciente pues ya en 2015 la Comisión Europea mostraba su inquietud por el hecho de que *Google* sistemáticamente favoreciera a sus propios productos respecto de los productos de los rivales en los resultados generales de la búsqueda y comparativa de productos (*Google Shopping*), con independencia de sus cualidades o características. Se consideró que esta conducta impactaba negativamente en los consumidores pues estos no siempre veían la mejor comparativa de productos atendiendo a sus consultas⁵³.

Asimismo, por último, y teniendo en cuenta que nos movemos en el ámbito digital, se han puesto de manifiesto por la doctrina los efectos negativos que una acumulación de datos sobre usuarios por parte de un número reducido de empresas podría tener sobre la competencia: los datos proporcionan una gran información sobre los usuarios y, por tanto, aportaría una ventaja competitiva relevante a las entidades que puedan reunirlos y analizarlos, creando una barrera a la entrada porque los rivales difícilmente podrán competir en igualdad de condiciones respecto de empresas que pueden conocer al detalle el comportamiento de sus usuarios y actuar en consecuencia⁵⁴. En definitiva, en la medida en que los patrones oscuros, por uno u otro motivo, impidan a los consumidores seleccionar a las mejores empresas en función de los méritos de su oferta de productos, su uso en el mercado puede distorsionar el proceso competitivo en su conjunto⁵⁵.

Para cerrar las consideraciones sobre los daños que puede generar, tanto desde el punto de vista individual como del colectivo, el uso de técnicas de diseño como los patrones oscuros en la configuración de las interfaces de páginas web y aplicaciones, hay que volver a insistir en que este impacto se potencia por producirse, no en un entorno físico o tradicional, sino en uno digital, basado en algoritmos que permiten una personalización al extremo, en continua adaptación al perfil del usuario, y que alcanza a millones de usuarios⁵⁶. Como se señalaba al inicio, si bien la personalización puede tener ventajas

⁵¹ DAY, G.; STEMLER, A., *ALR*, 2020, p. 35; MATHUR, A.; MAYER, J.; KSHIRSAGAR, M., *CHI*, p. 11; OECD, 2022, pp. 26-27.

⁵² DI PORTO, F.; EGBERTS, A., *ELJ*, p. 125.

⁵³ EUROPEAN COMMISSION, 2015.

⁵⁴ DAY, G.; STEMLER, A., *ALR*, p. 35; DI PORTO, F.; EGBERTS, A., *ELJ*, pp. 126-127.

⁵⁵ OECD, 2022, p. 27.

⁵⁶ GRAEF, I., *TILEC*, p. 4.

—cierta orientación a los intereses del usuario permite reducir la sobrecarga cognitiva en la toma de decisiones—, también conlleva riesgos cuando es una de las partes la que controla el nivel de personalización y puede utilizarlo exclusivamente para su propio beneficio.

5. MARCO NORMATIVO Y LÍMITES JURÍDICOS PARA ABORDAR LOS PATRONES OSCUROS

Así las cosas, es necesario preguntarse si estas técnicas son lícitas y, en aquellos casos en los que la respuesta fuera negativa, cuáles serían los mecanismos legales disponibles para atacarlas y proteger al usuario. Como evidencia la doctrina que ha trabajado hasta ahora sobre los patrones oscuros no solo desde un punto de vista estrictamente del diseño sino también jurídico, la complicación reside, precisamente, en dónde situar la línea entre aquellos patrones oscuros que serían aceptables (que resultarían meras técnicas de publicidad o venta altamente persuasivas⁵⁷) y aquellos otros que merecen una reprobación jurídica por el efecto real y distorsionador que ha tenido en la acción de consentir del consumidor. Como veremos a continuación, dentro de la gran variedad de manifestaciones de patrones oscuros, ciertas técnicas sí tendrían un encaje claro en algunas prohibiciones normativas, lo que nos da una respuesta a la pregunta sobre su licitud y facilitaría la labor de su impugnación. En otros casos, sin embargo, puede depender de las circunstancias del supuesto concreto (entre otros, por ejemplo, de la intensidad o del objeto sobre el que recaiga el patrón oscuro en cuestión). Teniendo en cuenta estas limitaciones, que no nos permiten dar una respuesta concluyente y exhaustiva para todos los supuestos de patrones oscuros, procederemos en este epígrafe a identificar algunos mecanismos legales que, en la actualidad, pueden suponer un límite para este tipo de prácticas, para valorar posteriormente las lagunas y modos de abordar jurídicamente los patrones oscuros.

5.1 Vicios del consentimiento

Cuando el patrón oscuro está relacionado con la formación de la voluntad en un ámbito contractual, se plantea la posibilidad de aplicar los tradicionales mecanismos previstos frente a los vicios del consentimiento. Efectivamente, los casos más graves de prácticas perjudiciales de diseño podrían, quizás, re-

⁵⁷ COMISIÓN EUROPEA, 2021, p. 100.

conducirse por la vía de la anulabilidad del contrato celebrado por un vicio del consentimiento⁵⁸.

En los países anglosajones se ha apuntado a la *undue influence* como una posible figura para encajar estas prácticas⁵⁹. A diferencia de la intimidación, la *undue influence* no requiere la existencia de un acto de presión o amenaza expresa, sino que sería suficiente con el ejercicio de una influencia de tal magnitud que pudiera marcar la línea de actuación del otro contratante⁶⁰.

Efectivamente, con origen en la equidad, se desarrolla en el Derecho inglés la doctrina de la *undue influence* en la idea de cubrir aquellos supuestos en los que un acuerdo se ha obtenido a través de ciertos tipos de presión que no llegan a considerarse jurídicamente intimidación, pero que suponen una conducta inaceptable y justifican la anulabilidad del contrato⁶¹. La figura se ha clasificado en aquellos supuestos en los que existe una prueba directa (conocidos como *actual undue influence* en la clasificación tradicional) y aquellos otros en los que existe tal relación entre las partes que se puede presumir que ha habido una influencia indebida si el resultado de la transacción requiere de una explicación en el sentido de que no es el razonable (conocidos como *presumed undue influence*)⁶². Aunque no es una lista *numerus clausus*⁶³, no parece que las circunstancias habituales en las que se utilizan los patrones oscuros encajen en ninguna de las relaciones en las que tradicionalmente se presume que existe influencia en Derecho inglés⁶⁴, con lo que tendríamos que volver la mirada a la «*actual*» *undue influence*. Dentro de las presiones que menoscaban la voluntad libre del contratante tienen cabida tanto las presiones directas como las indirectas, en las que la persuasión puede darse por haber roto una obligación de honestidad e imparcialidad (*candour and fairness*) o por dominación (*domination*)⁶⁵. En este último sentido, aquellos au-

⁵⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., 2022a, pp. 393-394. Deja apuntada también la relación de los patrones oscuros en cierto modo con el dolo PLAZA PENADÉS, J., 2023, p. 134.

⁵⁹ LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, pp. 40 ss.

⁶⁰ INFANTE RUIZ, F. J., *RDC*, pp. 14-15. Aclara el autor que la *undue influence* cubre conductas más sutiles y menos evidentes de control y dominio de la voluntad del otro, como acoso o incluso molestia (p. 9). En todo caso, como señala GÓMEZ CALLE, E., 2018, p. 69, para que haya influencia indebida, la influencia debe ser tal que comprometa la capacidad de la persona para actuar de forma independiente.

⁶¹ TREITEL, G. H., 1991, p. 366; BEALE, H. G., 2012, p. 701; ENONCHONG, N., 2012, p. 149.

⁶² No obstante, a partir del caso *Royal Bank of Scotland Plc v Etridge* (No.2), en el año 2001, aunque se sigue utilizando esta clasificación tradicional para distinguir los dos casos, se hace matizando que la necesidad de prueba de la *undue influence* a través de una prueba positiva no se limita solo a los casos en los que no haya una relación de influencia entre las partes, pues también en estos casos (los que entrarían dentro de la *presumed undue influence*) es necesario añadir una prueba de que la transacción no se puede explicar razonablemente por motivos de amistad, parentesco, caridad u otros motivos ordinarios por los que actúan las personas corrientes (BEALE, H. G., 2012, pp. 706-707; ENONCHONG, N., 2012, pp. 150-151).

⁶³ ENONCHONG, N., 2012, p. 224.

⁶⁴ Se presume esa relación entre padres e hijos, tutores y pupilos, abogados (solicitor) y clientes, médico y paciente, consejero religioso y sujeto a quien aconseja, fiduciario y *cestui que trust* y, en algunos casos, entre otros, entre marido y mujer (TREITEL, G. H., 1991, p. 367; BEALE, H. G., 2012, pp. 717-719; ENONCHONG, N., 2012, pp. 207 ss.; GÓMEZ CALLE, E., 2018, p. 77; INFANTE RUIZ, F. J., *RDC*, p. 8).

⁶⁵ ENONCHONG, N., 2012, pp. 158, 159 ss.

tores que han visto viable encauzar los patrones oscuros como supuestos de *undue influence*, señalan como dificultad la de satisfacer el test de influencia, esto es, demostrar que ha habido una influencia o *domination*, aunque el hecho de que, en sus experimentos con consumidores, casi se cuadruplica el porcentaje de consumidores que prestan su consentimiento y renuncian a sus derechos mediante estas técnicas de persuasión podría, sostienen, hacer cumplir con la prueba⁶⁶.

Ahora bien, dentro de los vicios del consentimiento del ordenamiento jurídico español no hay una figura equivalente a la *undue influence*⁶⁷, siendo el dolo y la intimidación las más cercanas, según han apuntado algunos autores, en función del concepto que se maneje de ellas⁶⁸. Aplicadas a un consentimiento en el que ha interferido la utilización de patrones oscuros, nos parece más difícil sostener la existencia de intimidación mientras que el efecto que producen estas prácticas sí que podría encajar en la idea de «palabras o maquinaciones insidiosas» de una parte contractual que inducen a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho el otro contratante, propias de la definición del dolo (art. 1269 Cc)^{69 70}.

⁶⁶ LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, p. 42. En todo caso, estos estudios y afirmaciones se realizan en el ámbito estadounidense, lo que no hay que perder de vista, puesto que la evolución de la figura de la *undue influence* no ha sido exactamente la misma en todos los ordenamientos del *Common law*. En este sentido, según el Restatement Second of Contracts § 177, apartado 1: «*undue influence is unfair persuasion of a party who is under the domination of the person exercising the persuasion or who by virtue of the relation between them is justified in assuming that that person will not act in a manner inconsistent with his welfare*».

⁶⁷ El Derecho foral navarro incorporó en 2019 las figuras de la influencia indebida y el abuso de influencia (Ley 21 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra). A través de la influencia indebida un sujeto se aprovecha de una relación de dependencia para obtener una ventaja y, en el caso del abuso de influencia, se aprovecha de la confianza en él depositada, de una discapacidad o la angustia del declarante (FENOY PICÓN, N., 2023, pp. 692 ss. y 754-755). Según el alcance o amplitud de las relaciones de «dependencia» o del concepto de «confianza» alrededor de los que giran estas figuras, podrán tener o mayor o menos encaje en ellas los patrones oscuros. En cualquier caso, parece que el legislador navarro estaba pensando en un contexto muy diferente (principalmente en donaciones y otros negocios gratuitos, INFANTE RUIZ, F. J., *RDC*, p. 21) y, aunque no limitadas expresamente a ese tipo de contratos, en todo caso, a estas dos figuras se le podrían achacar las mismas limitaciones que las que se argumentan en el texto principal respecto del dolo.

⁶⁸ Así lo señala INFANTE RUIZ, F. J., *RDC*, pp. 23 y 25.

⁶⁹ La tesis amplia del dolo permitiría entender incluidos dentro de este concepto supuestos en los que, sin existir error, sí hubo un abuso de una situación de superioridad («un abuso de situación», en palabras de MORALES MORENO, A. M., 1993, p. 384). FENOY PICÓN, N., 2023, pp. 103 ss. y 729 ss., expone exhaustivamente la tesis estricta y la tesis amplia en la doctrina (siendo mayoritaria la estricta) y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (que acoge la amplia). Sobre los dos enfoques del dolo, también SÁNCHEZ LERÍA, R., 2023, p. 5802. Por su parte, LLOBET I AGUADO, J. J., 1996, p. 153, alude a una extensión del concepto de dolo, que «podría resultar útil en el terreno de las ventas a domicilio, en las que el vendedor utiliza a menudo procedimientos agresivos, explotando la debilidad o inexperiencia de la otra parte, insistiendo hasta que éste presta su consentimiento para librarse de una vez del vendedor». Resaltamos estas palabras por el común denominador que nos parece que podría presentar la situación en ellas descrita con el funcionamiento de los patrones oscuros.

⁷⁰ Respecto del requisito de cierta intencionalidad que exige el dolo —que no, en general, los patrones oscuros para ser considerados como tales—, aclara MORALES MORENO, A. M., 1993, p. 383, que la conducta puede consistir en una actuación intencionada, pero que seguramente basta con que se utilicen los me-

En todo caso, como siempre en relación con el régimen jurídico de los vicios del consentimiento, las dificultades de abordar los patrones oscuros por esta vía residirán en la necesidad de prueba del vicio por parte de quien lo alega –pues se parte de la presunción de que la voluntad se prestó de forma libre y consciente⁷¹– y en la aplicación restrictiva de esta figura por parte de los tribunales. De ahí que dejemos apuntado este mecanismo sin profundizar más en él. Aunque podría, quizás, tener sentido, por ejemplo, ante una transacción que se ha visto afectada por prácticas engañosas evidentes, por la que se adquiere en línea un bien de un cierto valor económico y respecto de la que se busca su ineficacia, no parece, en general, la vía más ventajosa para abordar los patrones oscuros en comparación con otras normas que expondremos a continuación (presenta un supuesto de hecho menos adaptado, exige un esfuerzo probatorio especial al usuario y el remedio requiere del ejercicio de una acción ante los tribunales).

5.2 Normativa sobre protección de datos personales: Reglamento General de Protección de Datos y Ley Orgánica de Protección de Datos

Si el patrón oscuro afecta a datos personales, la normativa sobre protección de datos personales es un claro límite en la medida en que se verían afectados varios de los principios y normas concretas que rigen en este ámbito. Entre ellos, en primer lugar, los *principios de lealtad y transparencia*, pues estas técnicas difícilmente pueden ser compatibles con proporcionar información relativa a la recogida y tratamiento de datos personales de una forma clara, accesible y fácil de entender (arts. 5.1.a) y 12 RGPD).

Así, tácticas como dispersar cuestiones relevantes relacionadas entre sí en distintas páginas en las que hay que bucear para poder encontrar la información o como diseñar pantallas que obligan a navegar siguiendo remisiones de unas páginas a otras de manera laberíntica (*privacy maze*); textos que contienen detalles irrelevantes y que omiten los relevantes o información que pretende distraer al usuario de su intención de eliminar una cuenta y que ya no le vuelve a redirigir a su propósito inicial (*look over there*); utilización de técnicas visuales como recoger la política de privacidad en un pequeño icono en una esquina de la interfaz (*hidden in plain sight*); uso de un idioma distinto al oficial (*language discontinuity*); petición

dios insidiosos con conciencia de que han de producir la captación, aunque directamente no sea este el propósito. Por su parte, el presupuesto de que la declaración de voluntad no se haya emitido con la natural libertad y conocimiento (DE CASTRO, 1985, pp. 151 y 152) puede resultar de la interferencia de patrones oscuros, debiendo valorar, según las circunstancias, si ha sido determinante y su gravedad.

⁷¹ DE CASTRO, F., 1985, p. 155; MORALES MORENO, A. M., 1993, pp. 405-406; BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., 2009, p. 1497; SÁNCHEZ LERÍA, R., 2023, p. 5799; FENOY PICÓN, N., 2023, pp. 427 ss. y 742.

de reflexión o de explicaciones sobre los motivos para eliminar una cuenta (*longer than necessary*) o el uso de expresiones ambiguas que dejan claro el tratamiento de los datos –como «tus datos van a ser utilizados para mejorar nuestros servicios»– (*ambiguous wording*), son algunos ejemplos que supondrían una vulneración del mandato de que los datos personales sean tratados de forma leal y transparente (art. 5.1.a)), facilitando la información de manera concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, en un lenguaje claro y sencillo (art. 12.1), de tal manera que se favorezca el ejercicio de los derechos del usuario (art. 12.2)⁷².

Dado que, como es sabido, el exceso de información, muy detallada y con cierta terminología tecnológica y/o jurídica, puede generar en el usuario medio el efecto contrario al que se pretende conseguir, se debe tender a proporcionarla «por capas» o «niveles», esto es, ofreciendo una visión general en un primer nivel de información y señalando después cómo acceder a más detalles⁷³.

También se pueden ver afectados por patrones oscuros los requisitos para que el *consentimiento* para el tratamiento que presta el interesado, allá donde sea necesario, sea considerado válido. En virtud del artículo 4.11 RGPD, el consentimiento debe manifestarse de forma libre, específica, informada e inequívoca (en el mismo sentido, art. 7 RGPD). Para que la manifestación de voluntad sea específica es necesario que el interesado pueda elegir libremente qué fines del tratamiento acepta y cuáles no, teniendo en cuenta que el tratamiento de los datos que se recaban puede tener muy distintas finalidades (por ejemplo, personalizar el servicio, conservar datos de tarjetas de pago para futuras compras, gestionar un servicio de alertas de disponibilidad de productos, emitir documentos acreditativos de venta como el ticket digital o gestionar espacios de publicidad o medición de audiencias). Es necesario que el consentimiento sea granular o vertebrado (que exista la opción de consentir o no de forma específica y separada cada una de las finalidades)⁷⁴ y, asimismo, que los fines concretos estén claramente identificados y no con referencias vagas y genéricas, de tal forma que sea evidente qué finalidades abarca el consentimiento y cuáles quedan fuera –y, por tanto, necesitarían de una nueva y diferente manifestación de voluntad–⁷⁵.

⁷² EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2023, pp. 65 – 71. Como señalamos en su momento, el EDPB presenta su propia clasificación y nomenclatura de las prácticas engañosas que, no obstante, tienen su correspondencia con los ejemplos analizados en el apartado relativo a la clasificación pues se refieren a los mismos fenómenos (en este caso, encajarían dentro de las prácticas que suponen una interferencia en la interfaz).

⁷³ VILASAU SOLANA, M., 2019, pp. 211-212; APARICIO SALOM, J., 2019, pp. 326-327; GRUPO DE TRABAJO ARTÍCULO 29 (GT29), 2016, pp. 16-17. En la práctica se suele articular con enlaces en expresiones como: «Obtén más información sobre estos fundamentos legales y cómo se aplican a nuestro tratamiento de datos». También con pequeños textos resumen al lado de las cláusulas, recogiendo de un modo sencillo y directo la idea fundamental de cada cláusula/epígrafe de las condiciones de privacidad.

⁷⁴ DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I. C., 2021 (recurso electrónico).

⁷⁵ Por ejemplo, el consentimiento dado para el tratamiento de los datos personales derivados de los comandos o conversaciones del usuario con un asistente virtual de la entidad con la que ha contratado, con el fin de disfrutar de ese servicio de atención personalizada, no abarcaría el tratamiento de esos datos para

Por otro lado, para que el consentimiento sea libre y específico se necesita que haya sido *informado*, es decir, que haya ido precedido de toda la información necesaria (datos mínimos como la identidad del responsable del tratamiento, finalidad, tipo de datos, plazo durante el que se conservarán⁷⁶ o derechos que le asisten, entre otros, según el artículo 13 RGPD) y que esta información haya sido comunicada de una manera comprensible y adecuada, dispuesta de forma concisa, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo (manifestación concreta del principio de transparencia antes aludido). A su vez, la exigencia de que el consentimiento sea inequívoco implica que debe quedar claro que el sujeto ha consentido intencionadamente el tratamiento de sus datos personales, de una manera diferenciada a cualquier otro consentimiento y mediante una acción afirmativa⁷⁷.

Podría interferir con estos requisitos un consentimiento prestado por el usuario tras haber recibido continuas preguntas e interrupciones para conceder más datos personales de los necesarios o para concederlos para nuevas finalidades, con pantallas que bloquean e incitan a, por ejemplo, personalizar los anuncios o a proporcionar el número de teléfono, aunque el usuario ya repetidamente haya mostrado su negativa (*continuous prompting*)⁷⁸. Estas técnicas, con la imposibilidad de zanjar y denegar definitivamente el consentimiento, buscan que el usuario acabe prestando su consentimiento por el efecto de la *privacy fatigue*. También podría poner en entredicho la validez del consentimiento el hecho de que la información, aunque objetivamente proporcionada al completo, no haya seguido una estructura adecuada para lograr el objetivo de que el usuario pueda tener conocimiento de ella y ejercitar sus derechos (no organizarla por capas o niveles sino de manera laberíntica o como un bloque o utilizar en exceso terminología jurídica o tecnológica). De nuevo, el uso de referencias vagas y genéricas puede impedir que el consentimiento se considere específico e informado (así, motivos como «mejorar la experiencia del usuario», «fines de mercadotecnia», «fines de seguridad informática» o «investigaciones futuras», sin más detalles, normalmente no cumplen el criterio de ser específico, como ha puesto de relieve el GT29⁷⁹). Y, por supuesto, no sería un consentimiento válido aquel que se basara en el silencio, la inacción o el recurso a casillas premarcadas o de exclusión voluntaria en el sitio web o aplicación⁸⁰. Esta técnica, denominada por algunas clasificaciones como *deceptive snugness*, pretende aprovechar la ten-

su envío a terceros colaboradores que pudieran estar interesados en los problemas o preferencias del usuario a efectos de desarrollar productos o enviarle publicidad.

⁷⁶ La STJUE de 1 de octubre de 2019 (asunto C-673/17) ha precisado que la información acerca del tiempo durante el cual las cookies estarán activas forma parte de la información clara y completa que se exige legalmente.

⁷⁷ MATO PACÍN, M. N., 2020, pp. 106-112; DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I. C., 2021 (recurso electrónico).

⁷⁸ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2023, pp. 18-65.

⁷⁹ GRUPO DE TRABAJO ARTÍCULO 29 (GT29), 2018, p. 13, nota a pie 28.

⁸⁰ Considerando 32 RGPD y GRUPO DE TRABAJO ARTÍCULO 29 (GT29), 2018, p. 18.

dencia de los usuarios a no cambiar las opciones activadas por defecto, aunque pudieran hacerlo⁸¹. Por otro lado, poner trabas al usuario para que no revoque su consentimiento mediante preguntas que pretenden que recapacite o diseñando un procedimiento que requiere de múltiples clics, podría afectar al ejercicio del derecho del interesado a retirar su consentimiento en cualquier momento (*longer than necessary*) (art. 7.3 RGPD)⁸².

Por último, llamamos la atención, en especial, sobre el principio de *protección de datos desde el diseño y por defecto* (art. 25 RGPD). Si la privacidad desde el diseño implica que la privacidad esté integrada en el propio sistema desde su concepción y no añadida como una capa de seguridad *a posteriori*, la privacidad por defecto conlleva que, de las diferentes opciones de tratamiento de datos, se opte por la más respetuosa para la privacidad del usuario, mientras que éste no autorice activamente lo contrario⁸³. Este enfoque parte de una actitud de los responsables del tratamiento más proactiva en comparación con el más tradicional sistema de protección del titular de los datos personales basado en el conocido como «*advice-and-consent*», esto es, que descansa sobre la existencia de un aviso y posterior consentimiento previo a la recogida de datos.

Se han identificado como debilidades de este último sistema en el entorno digital la opacidad y complejidad de muchas de las prácticas de recolección automática de datos, que, para un usuario medio, obstaculizan poder entender, en muchas ocasiones, el lenguaje e implicaciones de las advertencias o los clausulados de privacidad que deben aceptar. Por otra parte, la existencia de continuos avisos y peticiones de consentimiento –en muchos casos, además, de forma granulada– durante la navegación o cuando se entabla una relación contractual en Internet, se ha demostrado como inadecuada en la medida en que genera una alta percepción de protección que da lugar, contradictoriamente, a un mayor nivel de exposición en la práctica (*privacy fatigue*⁸⁴)⁸⁵. En definitiva, una gran cantidad

⁸¹ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2023, p. 66.

⁸² EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2023, pp. 21, 40, 56, 62, 68.

⁸³ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, 2019, p. 8; MIRALLES LÓPEZ, R., 2018, pp. 427-428. Como señala SANTOS MORÓN, M. J., 2020, p. 52, el responsable, desde el momento de implantación del sistema o mecanismo a través del cual se van a tratar los datos, debe adoptar precauciones dirigidas a evitar la lesión de los derechos de los afectados. Esto es, aplicado al contexto de este trabajo, ya desde el diseño de los elementos de la interfaz a través de la cual el empresario se va a relacionar con el usuario.

⁸⁴ KEITH, M.; LOWRY, P. B.; EVANS, C.; BABB, J., 2014, p. 2, definen «*privacy fatigue*» como la tendencia de los consumidores a revelar más información conforme pasa el tiempo cuando usan controles de privacidad más complejos y poco prácticos.

⁸⁵ Apuntan estas debilidades del enfoque de «aviso y consentimiento» ENGELMANN, S.; GROSSKLAGS, J.; PAPAKYRIAKOPOULOS, O., 2018, p. 92. En similar sentido, apunta SUSSER, D., 2019, en especial, p. 46) que el método «*notice-and-consent*» muchas veces no ofrece una elección real al usuario pues es una decisión para cuyo análisis el usuario no tiene las herramientas necesarias (cláusulas difíciles de comprender, dificultad para ser consciente de todos los datos que realmente se están proporcionando debido a las siner-

de información y de peticiones de autorización puede conllevar que el consentimiento se preste sin reflexionar y originar, así, el efecto contrario al perseguido.

De ahí que sean censurables y contrarias a la normativa sobre protección de datos (por defecto y desde el diseño) las ya mencionadas peticiones de consentimiento en las que aparece resaltada o marcada por defecto la opción que implica autorizar el tratamiento⁸⁶. También el hecho de que aparezca marcada alguna opción favorable a compartir datos personales entre otras muchas que no lo están o alterar en determinado momento el orden de las opciones de autorización para el tratamiento de datos personales (de más a menos restrictivas a la inversa) que se plantean al usuario, para aprovechar el efecto de la inercia (*deceptive snuggness*)⁸⁷. Del mismo modo, son contrarios al artículo 25 RGPD diseños que ocultan enlaces o que usan enlaces que no funcionan para que los usuarios no puedan completar la acción querida inicialmente (por ejemplo, hacer clic en «Ejercicio de mi derecho de acceso» redirige a otra página que no tiene nada que ver; se informa de los terceros que procesan los datos personales, pero no se proporciona el enlace sino que el usuario tiene que buscar en la política de privacidad de la página web de cada tercero esta información) (*dead end*)⁸⁸. O diseños que buscan obstaculizar la retirada del consentimiento del usuario o la activación por su parte de un mayor control mediante una sucesión de pasos, preguntas y clics obligatorios que disuaden al usuario (preguntar «¿Estás seguro? ¿Quieres hacerlo realmente? ¿Por qué?» solo cuando se trata de retirar un consentimiento) (*longer than necessary*)⁸⁹.

En conclusión, en todos estos casos el común denominador reside en que el usuario, de una manera u otra, proporciona al empresario más datos de los que realmente querría, influenciado por el diseño de la interfaz en la que navega.

Un ámbito en el que se concentran varias de las técnicas y ejemplos señalados es el relacionado con el tratamiento de los datos mediante las *cookies* que aparecen en los sitios webs o aplicaciones. De hecho, la AEPD actualizó en julio de 2023 su Guía sobre el uso de las *cookies* para adaptarla a la nueva versión de las Directrices 03/2022 sobre patrones engañosos en redes sociales de la EDPB, en la que se habían incorporado pautas para diseñar los muros de *cookies* de tal forma que fuera igual de fácil rechazar la autorización para el tratamiento de datos personales que aceptarla. En la Guía de la AEPD –de aplicación obligato-

gias que se crean con la agregación de datos provenientes de distintas fuentes, etc.). Por su parte, EZRA WALDMAN, A., *CIP*, pp. 2 ss., llama la atención sobre la necesidad de que los usuarios tomen decisiones racionales para que funcione realmente el sistema de «aviso y consentimiento», cosa que es dudoso que ocurra siempre en el ámbito de la privacidad por la llamada «*privacy paradox*»: los usuarios de internet aseguran tener un gran interés en su privacidad, pero, simultáneamente, revelan información sustancial a cambio de cualquier pequeña recompensa.

⁸⁶ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, 2020, p. 20.

⁸⁷ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2023, p. 66.

⁸⁸ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2023, pp. 24, 25, 40, 51, 68.

⁸⁹ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2023, pp. 21, 40, 56, 62, 68.

ria a partir del 11 de enero de 2024— se recalca la idea de que el lenguaje que se utilice para informar a los usuarios sobre el uso de las *cookies* debe ser claro y evitando frases que induzcan a confusión, así como que la información ha de ser de fácil y permanente acceso. Se recomienda el uso de capas o niveles, teniendo que ubicarse en una primera capa informativa dos botones o mecanismos fácilmente visibles y equivalentes con las palabras «Aceptar» y «Rechazar» (o textos similares), de tal forma que le sea posible al usuario rechazar todas las *cookies* —no necesarias, se entiende— sin necesidad de tener que acceder a otra nueva página para rechazar una por una de manera granular, mientras que aceptarlas requiere de un solo clic en el panel principal. Es decir, no sería posible que las opciones fueran, por ejemplo, «Aceptar» y «Configurar opciones de privacidad» del mismo modo que tampoco puede recurrirse al color o contraste para intentar engañar al usuario y llevarle a que preste un consentimiento involuntario porque el botón por el que se rechazan las *cookies* no puede leerse fácilmente⁹⁰.

- MECANISMOS DE TUTELA

En el caso de producirse una vulneración de la normativa de protección de datos, con base en el artículo 77 RGPD, la «Autoridad de control» correspondiente —en el caso de que sea la española, esa autoridad es la AEPD— tendría competencia para conocer de reclamaciones presentadas por los interesados, bien solicitando que se tutelen sus derechos (cuando se pretende que se le restaure en un derecho que se ha visto lesionado), bien para un procedimiento sancionador (cuando se pretende que se imponga una sanción por infracción de la normativa de protección de datos). La AEPD también puede iniciar de oficio este último procedimiento sancionador^{91 92}.

Imaginemos un usuario al que, durante el proceso de una compra, le piden que confirme si sus datos son correctos. Justo cuando marca, de las dos opciones existentes (una casilla etiquetada con etiquetada con un «No» y otra con la expresión «Sí»), se da cuenta de que debajo de los botones hay una advertencia en letra pequeña y con poco contraste, que pasa desapercibida, y que advierte de que

⁹⁰ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, 2020, pp. 18-21.

⁹¹ Sobre los mecanismos de tutela, ver SANTOS MORÓN, M. J., 2022, p. 315; VILLALBA CANO, L., 2021 (recurso electrónico).

⁹² Como apunta SANTOS MORÓN, M. J., 2022, p. 316, en teoría también un usuario que considere vulnerados sus derechos como consecuencia del tratamiento de datos personales podría acudir a los tribunales directamente *ex* artículo 79 RGPD, aunque la LOPD no ha regulado esa posible acción. También afirma la tutela judicial como alternativa a la reclamación administrativa VILLALBA CANO, L., 2021, (recurso electrónico).

III. LOS PATRONES OSCUROS EN EL DISEÑO DE LAS INTERFACES DE USUARIO ■

usuario también está consintiendo el tratamiento de sus datos personales. En este caso, el usuario podría solicitar a la AEPD que prohibiera a la entidad tratar sus datos personales pues ese consentimiento no ha sido tal como consecuencia del diseño del proceso (no consentimiento claramente separado de otras cuestiones, manipulación estética, información escondida, etc.). Del mismo modo, la AEPD, si tuviera conocimiento de esas prácticas en la web de la entidad, podría iniciar de oficio un procedimiento sancionador.

Por otro lado, en su sentencia de 4 de mayo de 2023, asunto C-300/21, caso *UI vs Österreichische Post AG*, el TJUE ha aclarado los requisitos cumulativos para que un interesado que haya sufrido daños como consecuencia de una vulneración de la normativa de protección de datos personales pueda ejercitar la acción de responsabilidad del artículo 82 RGPD (en este caso, ya solo ante los tribunales y no ante la Autoridad administrativa de control). Según esta resolución, no bastará la mera infracción de la normativa para reconocer el derecho a una indemnización, sino que deben también haberse producido daños y perjuicios materiales o inmateriales y debe existir una relación de causalidad entre dichos daños y la infracción. Eso sí, no se exige que los daños alcancen un determinado umbral de gravedad y, según la reciente STJUE de 14 de diciembre de 2023, asunto C-340/21, caso *VB vs Natsionaina agentsia za prihodite*, el temor que experimenta un interesado a un potencial uso indebido de sus datos personales por terceros a raíz de una infracción del Reglamento puede constituir, por sí solo, un daño o perjuicio inmaterial.

Imaginemos ahora una entidad que recaba información personal sobre la actividad de sus usuarios y que, con ayuda de un algoritmo, lleva a cabo una clasificación de ciudadanos según su supuesta afinidad con distintos partidos políticos. Uno de los usuarios –que no había consentido el tratamiento de sus datos personales– considera que ha sufrido daños morales por ser vinculado con una opción política (pérdida de confianza, humillación) y reclama ante los órganos jurisdiccionales una indemnización en concepto de daños y perjuicios inmateriales que sostiene que ha sufrido (art. 82 RGPD). Este supuesto de hecho es el que da lugar a la STJUE de 4 de mayo de 2023. Imaginemos que el usuario sí que ha dado su consentimiento a este tratamiento de datos, pero lo ha hecho mediante una casilla premarcada o haciendo clic en un botón a través del que, a pesar de estar etiquetado con una X (como sinónimo de rechazo), se enviaba el mensaje de aceptar la acción. Se trata, en ambos ejemplos, de patrones oscuros –opciones elegidas por defecto y *bait and switch*, respectivamente– y consideramos que no se habría generado un consentimiento válido⁹³: en el caso de la casilla premarcada, porque el artículo 4(11) RGPD y el artículo 6.1 LOPD, como sabemos, exigen una declaración o clara acción afirmativa;

⁹³ Teniendo en cuenta, además, de que podrían tratarse un tratamiento de categorías especiales de datos personales (art. 9 RGPD).

en el caso del clic sobre un botón con una X, porque tampoco parece que podamos hablar de una clara acción afirmativa (cuando la X se asocia en la navegación en internet, normalmente, con la acción de rechazar), presentada de una forma inteligible (arts. 4(1) y 7.2 RGPD). De la misma manera que hizo el usuario del litigio real, podría el sujeto que se ha visto afectado por un patrón oscuro reclamar una indemnización, si cumple con la carga probatoria^{94 95}.

Pero la posibilidad de una resolución en materia de patrones oscuros no es meramente teórica. Una prueba palpable de la aplicabilidad de las normas de protección de datos personales como mecanismo de control a los patrones oscuros es la resolución de la AEPD, de fecha 30 de junio de 2023, por la que se sanciona a una entidad, entre otros, por el uso de estas técnicas en su página web (Expediente n.º: EXP202211953, PS-000880-2023). En el supuesto de hecho, concretamente, si el interesado quería oponerse al tratamiento de datos personales por parte de terceros, debía acceder al apartado «Lista de proveedores» y, una vez allí, debía marcar una a una más de la mitad de las 130 empresas que allí figuraban, que tenían marcada por defecto la casilla de «aceptar tratamiento de datos por interés legítimo». Había un botón para «Aceptar todo» y otro para «Confirmar Opciones», pero no había una opción para poder oponerse indicándolo una sola vez o un número de veces que resultara razonable y no fatigara al interesado. Esta técnica es calificada por la AEPD como sobrecarga (*overloading*), en la medida en que, presentando al usuario demasiadas opciones, se busca generar fatiga y que acabe compartiendo más información personal de la deseada realmente. Por otro lado, las casillas de ciertas empresas que estaban marcadas por defecto aparecían con un color gris que se confundía con el blanco utilizado como fondo de pantalla, dificultando así su localización sin un esfuerzo visual, lo que supone aplicar el patrón oscuro de ocultación (*skipping*) en el diseño de la interfaz, esto es, intentar que el usuario no piense en algunos aspectos relacionados con la protección de sus datos. Tomando como apoyo el Considerando 39 RGPD y el art. 5.1) de la misma norma (tratamiento leal y transparente de los datos personales), la AEPD señala que los responsables del tratamiento han de garantizar que no se emplean patrones oscuros, al menos con relación a las decisiones respecto del tratamiento de sus datos personales. La infracción de esta obligación es considerada como una infracción muy grave (art. 72.1.a) LOPDP) y, en el caso concreto,

⁹⁴ No es necesario que la AEPD haya determinado la existencia de infracción de manera previa para acudir a los tribunales (LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L., 2021 [recurso electrónico]).

⁹⁵ La prueba del daño o lesión corresponde en todo caso al perjudicado y no puede presumirse por el hecho de que se haya constatado una infracción normativa (LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L., 2021 [recurso electrónico]).

dio lugar a la imposición del pago de una multa económica de 5000 euros así como de una obligación por parte de la empresa de adaptar «la “Política de privacidad” de su página web a la normativa vigente, en concreto a lo estipulado en el art. 5.1.a) del RGPD»⁹⁶.

5.3 Normas de protección de los consumidores: el Texto Refundido de Defensa de los Consumidores y Usuarios

Por otro lado, algunos patrones concretos pueden tener respuesta en las normas generales de protección de los consumidores.

Por ejemplo, consideramos que técnicas obstruccionistas, como dificultar la terminación de un contrato exigiendo formalidades que no son simétricas con las requeridas para contratar o darse de alta, contravendrían lo dispuesto por los artículos 62.2 y 62.3 TRLGDCU, en virtud de los cuales están prohibidas las cláusulas que *impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos* reconocidos al consumidor y, en concreto, las que supongan un obstáculo o impedimento para ejercitar el derecho del consumidor a poner fin a un contrato. Es decir, debe permitirse que pueda hacerlo de la misma forma en la que celebró el contrato, manteniendo para dar por terminada la relación todas las facilidades que se dieron para contratar⁹⁷. Aunque el precepto se refiere literalmente a cláusulas, no nos parece complicado extrapolarlo a este tipo de prácticas que se imponen a los usuarios (consumidores) pues entraría dentro del objetivo o espíritu protector de la norma. Además, en la misma línea, también son consideradas como abusivas las cláusulas (o prácticas, por extensión del art. 82 TRLGDCU) que impongan limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a contratos de tracto sucesivo (art. 87.6 TRLGDCU).

Por otro lado, si el diseño de la interfaz afecta al objeto principal del contrato, esto es, a la definición del precio o del bien o servicio del mismo, alguna de estas argucias puede suponer un problema de *transparencia material* de condiciones no negociadas (más allá de la obvia situación en la que los datos personales desempeñan el papel de la contraprestación, en cuyo caso entrarían también en juego las normas de protección de datos personales, ya analizadas). Esto podría ocurrir si no se le ha permitido al consumidor tener un conoci-

⁹⁶ Más casos vinculados con prácticas que pueden ser consideradas engañosas (en su mayoría, relacionadas con *cookies*) en BRIGNULL, H. (<https://www.deceptive.design/cases?authorities=Spanish+DPA+%28AEPD%29>)

⁹⁷ SANTOS MORÓN, M. J.; MATO PACÍN, M. N., 2022, p. 51.

miento o conciencia real de la carga que conlleva el contrato⁹⁸. Por ejemplo, a nuestro juicio, a través de prácticas catalogadas como *sneaking*, como podrían ser las de incluir a hurtadillas en la cesta de compra productos no solicitados por el consumidor o diferentes a los originariamente ofertados –más aún si el procedimiento de contratación no es transparente con una página de resumen de la compra previa a la vinculación– o las de esconder o dificultar a través del diseño de la interfaz la comprensión de costes que formen parte del precio. Estos supuestos infringen, asimismo, las obligaciones de *información precontractual*, en la medida en que la normativa exige, por ejemplo, que el precio total sea facilitado de una manera clara, comprensible y accesible al consumidor en la oferta y antes de quedar vinculado [art. 20.1.c), art. 60.1 y 2.c), art. 97.1.e) y f) y art. 97 bis TRLGDCU]⁹⁹.

También en materia de condiciones generales de la contratación, el uso de patrones oscuros puede afectar al cumplimiento del *control de incorporación* de las cláusulas no negociadas y que, por tanto, no puedan ser oponibles al adherente. Para que las cláusulas predisuestas queden efectivamente incorporadas en la oferta, entre otros requisitos, deben ser accesibles, es decir, el consumidor ha debido tener la posibilidad de conocer la existencia del clausulado y su contenido [art. 80.1.b) TRLGDCU y arts. 5 y 7 LCGC]. De este modo, patrones de diseño que oculten o dificulten al consumidor conocer y acceder a las condiciones generales antes de vincularse (por ejemplo, bien por una ubicación secundaria en la página web o en el proceso de contratación, bien por el formato de la letra, bien por ambos), podrían dar lugar a que no se diera por superado el control de incorporación¹⁰⁰.

- MECANISMOS DE TUTELA

Las vías de tutela frente a infracciones del TRLGDCU dependen del interés en el que se ponga el foco.

a) Si se trata de *un consumidor* entendido desde el punto de vista *individual* y respecto de *un contrato concreto* que, debido a alguna de estas técnicas engañosas en su relación con la página web o aplicación, ve afectado su derecho, por ejemplo, a recibir información relevante sobre todos los componentes

⁹⁸ Sobre control de transparencia material, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2015, p. 1063; MATO PACÍN, M. N., 2022b, pp. 63 y 68-71.

⁹⁹ Nos remitimos al apartado II.1 y a la bibliografía allí citada.

¹⁰⁰ Respecto del diseño de las interfaces y el control de incorporación, ver epígrafe II.3.

del precio de la transacción o sobre algún otro aspecto relevante, alegar la infracción de la obligación de proporcionar información precontractual –clara y accesible– de los artículos 60 y 97 TRLGDCU daría lugar a la aplicación del artículo 65 de la misma norma¹⁰¹. De esta manera, si se acoge la pretensión del consumidor, el empresario se vería obligado a cumplir con aquello que el consumidor legítimamente pudiera esperar de buena fe, a la vista de la información recibida y del contenido natural del contrato¹⁰² (por ejemplo, no siéndole oponible algún componente del precio del que no había sido informado claramente). Es decir, esta opción encaja con los intereses particulares del consumidor, si lo que pretende es que ese contrato concreto se ejecute en los términos respecto de los que él razonablemente había prestado su consentimiento.

De esta manera, cada uno de los patrones oscuros que podrían encajar dentro del ámbito del TRLGDCU (y de la LCGC, en el caso de problemas de incorporación de condiciones generales de la contratación), tendrían una consecuencia con efectos directos en la esfera jurídica del consumidor y que trata de dar una solución a sus intereses frustrados en relación con ese contrato. Así, ilustrando con más ejemplos, si se han impuesto obstáculos desproporcionados para poner fin a un contrato, se podría tener por finalizado el mismo si se prueba una manifestación de voluntad del consumidor en este sentido equivalente a la que prestó en el momento de iniciar la relación; si se ha introducido algún producto o servicio en la cesta de forma no perceptible y sin que haya sido seleccionado activamente por el consumidor, este no se vería obligado respecto de esa prestación; si una condición general no se ha hecho accesible de una forma transparente, no podría ser opuesta al consumidor.

Es de notar que, en el caso de estas infracciones, el consumidor podría acudir al arbitraje de consumo o a los tribunales. Sin embargo, la primera opción no siempre es una solución porque, si bien ágil y gratuita, depende de que el empresario esté adherido previamente al sistema de arbitraje o quiera adherirse para resolver ese conflicto concreto por esa vía¹⁰³. La segunda, por su

¹⁰¹ Respecto de las obligaciones de información del art. 20 TRLGDCU, según CÁMARA LAPUENTE, S. (2011c, p. 282 y 2011a, p. 488), lo más razonable es entender que su infracción no solo conduce a un supuesto de competencia desleal -engañosa- (art. 20.6) sino también a consecuencias o sanciones civiles, al igual que la infracción del art. 60 TRLGDCU (y, añadimos, el art. 97 de la misma norma, en sede de contratos a distancia).

¹⁰² Sobre las consecuencias del incumplimiento de los deberes de información precontractual, CÁMARA LAPUENTE, S., 2011b, p. 586; ÁLVAREZ MORENO, M. T., 2023, p. 117; SANTOS MORÓN, M. J.; MATO PACÍN, N. M., 2022, pp. 41-42.

¹⁰³ Podría ser, quizás, una vía razonable para los consumidores en sus reclamaciones frente a las grandes empresas de telefonía, que están normalmente adheridas al sistema –nacional, autonómico y provincial– de consumo, siempre y cuando no entren dentro de sus limitaciones a la adhesión. En el caso de que la contratación de un servicio se haya llevado a cabo a través de la página web o la aplicación de la

parte, no siempre compensará económicamente si tenemos en cuenta el tipo de prácticas que nos ocupan, pues será usual que el valor de lo que pudiera obtener el consumidor como consecuencia del proceso judicial, aun en el caso de un resultado favorable, sea inferior al coste del propio proceso.

b) Si atendemos a un enfoque más amplio, esto es, no buscando satisfacer el interés particular de un concreto consumidor sino la protección de *los consumidores como colectivo*, tendríamos que volver la mirada al ejercicio de las acciones colectivas, pues es, precisamente, un mecanismo para tutelar de manera conjunta los derechos e intereses generales de los consumidores. En concreto, nos referimos a la acción de cesación, que pretende, por un lado, que el empresario ponga fin a una conducta contraria a la normativa de protección de los consumidores y que tiene efectos lesivos para estos, y, por otro, que se le prohíba que se reitere esta conducta en el futuro (art. 53 TRLGDCU). Por lo tanto, aquellos patrones oscuros que supongan una vulneración de la normativa de consumidores en línea con los ejemplos que aquí se han señalado, podrán ser objeto de una acción de cesación cuya pretensión será que el empresario elimine esas técnicas de diseño de su interfaz, así como que no vuelva a utilizarlas en un futuro. En la práctica suele ser habitual que las acciones colectivas de cesación tengan como presupuesto la pretensión de declaración de ilicitud de la conducta, que suele ser ejercitada de forma acumulada con la anterior¹⁰⁴ –en nuestro caso, la declaración del carácter contrario a la norma de la técnica de diseño de la web o de la aplicación en cuestión–.

Para determinar los sujetos legitimados para ejercitar las acciones de cesación habría que previamente identificar el interés que subyace en estos casos. En la dicotomía doctrinal entre interés supraindividual e interés pluriindividual¹⁰⁵, consideramos que la defensa de un buen funcionamiento del entorno digital –que incluye la existencia de unas interfaces digitales neutras que no manipulen las decisiones de los consumidores– supone un interés supraindividual, en el sentido de que la titularidad de dicho interés reside en la colectividad (sin perjuicio de que pueda haber manifestaciones o sujetos individualmente afectados). Por otro lado, entendemos que no se trataría tanto de intereses colectivos como difusos, pues el grupo de individuos afectados por la conducta del empresario es extraordinariamente amplio o resulta imposible de

entidad y, bien la prestación del consentimiento, bien el ejercicio de algún derecho –v. gr. darse de baja–, se haya visto afectado por un patrón oscuro, podría ser una opción viable.

¹⁰⁴ BUSTO LAGO, J. M., 2015b, pp. 650-651; CRESPO MORA, M. C., 2022, pp. 339.

¹⁰⁵ Definiciones en CRESPO MORA, M. C., 2022, p. 324 y en *RCDI*, pp. 2490 y 2491.

concretar¹⁰⁶: básicamente, todo consumidor que potencialmente pudiera acceder a las páginas webs y aplicaciones informáticas, sin necesidad siquiera de que haya celebrado un negocio jurídico, pues los patrones oscuros se presentan también en fases previas a la contratación. Es decir, se trata de defender al consumidor como colectividad en su conjunto. Esta última calificación tiene repercusión en el ámbito procesal pues, en el caso de que se persiga actuar judicialmente en defensa de intereses difusos, el artículo 24.2 TRLGDCU exige a las asociaciones de consumidores y usuarios para reconocerles legitimación procesal que se trate de asociaciones constituidas con arreglo a la Ley de Asociaciones, que cumplan los requisitos específicos previstos en el Título II TRLGDCU (arts. 23 a 37) –o en la normativa autonómica correspondiente– y, además, que se trate de asociaciones representativas a los efectos de lo prevenido en el artículo 11.3 LEC¹⁰⁷.

Aunque las asociaciones de consumidores son los sujetos que mayoritariamente interponen acciones colectivas en la práctica, el artículo 54 TRLGDCU contempla otros legitimados. Este precepto diferencia la legitimación activa según si la acción de cesación se refiere a una serie de materias (cláusulas abusivas, contratos fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías y viajes combinados, art. 54.1) o al resto de ellas (art. 54.3). En el primer caso se podría hablar de acción de cesación específica y en el segundo de acción de cesación genérica o subsidiaria¹⁰⁸. En el supuesto que nos ocupa –teniendo en cuenta que la información precontractual y otras formalidades de la contratación son cuestiones que se regulan también específicamente en sede de contratos a distancia y que alguna práctica puede caer bajo los supuestos de cláusulas abusivas–, dependiendo del precepto afectado por el patrón oscuro en concreto, podríamos situar la acción colectiva en uno u otro. Es clara, en ambos casos, la legitimación activa del Ministerio Fiscal, de la Administración Pública de consumo (Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN), en este momento; órganos o entidades correspondientes de las CCAA y corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios) y la de las asociaciones de consumidores y usuarios (con los matices que antes se apuntaron en función de los intereses que se defienden). Una de las diferencias entre ambas acciones residiría en la legitima-

¹⁰⁶ MARÍN LÓPEZ, J. J., 2015, p. 366; CRESPO MORA, M. C., 2022, p. 325 y RCDI, p. 2492; PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., 2022, p. 425.

¹⁰⁷ Esto es, que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios si se trata de un conflicto que excede el ámbito de una Comunidad Autónoma (CRESPO MORA, M. C., 2022., p. 349). Tratándose de entornos digitales globalizados, salvo que se trate de un supuesto extraño de una web o aplicación dirigida solo a un público regional, será lo normal.

¹⁰⁸ Así las denomina LÓPEZ AMIGO, L., 2022, p. 743.

ción de entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea, pues si bien expresamente se le reconoce para la acción específica del artículo 54.1 TRLGDCU, no es unánime la lectura de la remisión del artículo 54.3 TRLGDCU al artículo 11, apartados 2 y 3 LEC. Así, para algunos autores, el hecho de que la remisión sea exclusivamente a esos apartados y no al apartado 4 –en el que se contemplan las entidades de otros Estados miembros–, impide extender la legitimación activa¹⁰⁹. Para otros, sin embargo, de la interpretación conjunta de todos los preceptos implicados podría llegar a defenderse que las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea no solo están legitimadas para interponer acciones de cesación en las materias concretas antes citadas sino en toda materia que infrinja el TRLGDCU¹¹⁰, siendo las diferencias entre ambas acciones, entonces, más teóricas que reales.

Por supuesto, también una asociación de consumidores podría interponer una acción en defensa y representación de sus propios asociados (art. 24.2 TRLGDCU), si estos hubieran sido afectados por patrones oscuros, interviniendo, en este caso, por legitimación representativa¹¹¹.

De lo que no cabe duda es que el consumidor individual afectado por los patrones oscuros no podrá interponer una acción de cesación con efectos colectivos, esto es, que luego despliegue eficacia de cosa juzgada sobre todo el grupo de afectados¹¹². Ello explica que aquel no se encuentre enumerado en el artículo 54 TRLGDCU entre los sujetos legitimados para la interposición de acciones de cesación. En cualquier caso, si la lesión de ese interés general difuso le afectara directamente, el concreto consumidor contará con la legitimación individual para la defensa de sus derechos (por ejemplo, defendiendo su derecho individual a la indemnización o solicitando la no incorporación a su contrato de una cláusula no transparente). Pero, en tal caso, no habría posibilidad de que la sentencia dictada a su favor pudiera extenderse a otros afectados, por tratarse de una acción individual.

c) Por último, además de las posibles sanciones contractuales, el Derecho de consumo prevé también sanciones de naturaleza administrativa para el caso de incumplimiento por el empresario de sus obligaciones, a través de la imposición de una multa económica que persigue una finalidad disuasoria (Título IV, «Potestad sancionadora», arts. 46 ss. TRLGDCU).

¹⁰⁹ LÓPEZ AMIGO, L., 2022, p. 750.

¹¹⁰ CRESPO MORA, M. C., 2022, p. 346.

¹¹¹ PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., 2022, p. 421.

¹¹² LÓPEZ SÁNCHEZ, 2014, p. 226 y CRESPO MORA, M. C., *RCDI*, p. 2499.

Así, en el caso de que se produzca alguna infracción en materia de defensa de los consumidores [el artículo 47 TRLGDCU recoge un listado dentro del que encontramos supuestos que encajan con tipos de patrones oscuros, como infracciones relativas a información previa al contrato (g), limitaciones o exigencias injustificadas para poner fin a los contratos u obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado (k), uso de prácticas comerciales desleales (m) o, como cláusula de cierre, cualquier incumplimiento de las obligaciones de la norma (u)], esta infracción se calificará como leve, grave o muy grave, afectando a la cuantía de la multa económica (arts. 48 y 49 TRLGDCU).

5.4 Normas de protección de los consumidores: la Ley de competencia desleal

Tratándose los patrones oscuros de prácticas que distorsionan o pueden distorsionar el comportamiento del consumidor, parece lógico buscar límites legales en la Ley 3/1991, de 10 enero, de competencia desleal (en adelante, LCD), transposición de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo de 2005. Estas normas no hacen una referencia expresa a los patrones oscuros, pero la Guía sobre la interpretación y aplicación de la Directiva 2005/29/CE, publicada por la Comisión Europea el 29 de diciembre de 2021, sí la hace, hasta el punto de que incluye una sección sobre esta figura y clarifica que esta norma puede ser usada para cuestionar la validez de estas prácticas.

Así, la Guía advierte de que algunos patrones oscuros *ya están realmente prohibidos* de manera expresa en la Directiva (y, por extensión, también lo estarían en la LCD española). Los supuestos que enumera la Guía son los siguientes: las conocidas como prácticas de «señuelo y cambio» (esto es, ofrecer productos a un precio determinado que luego no pueden suministrarse y, a continuación, negarse a aceptar pedidos o a hacer entregas en un tiempo razonable con la intención de promocionar un producto diferente), en los artículos 22.1 y 22.2 LCD; la táctica de crear una urgencia al afirmar falsamente que un producto solo estará disponible durante un tiempo muy limitado, utilizando temporizadores falsos y declaraciones de existencias limitadas en sitios web, en el artículo 23.4 LCD (*urgency*); la facilitación de información inexacta sobre las condiciones del mercado o sobre la posibilidad de encontrar el producto con la intención de inducir al consumidor a adquirirlo en condiciones menos favorables, en el artículo 27.3 LCD; la afirmación de que el consumidor ha ganado un premio sin concederlo o la descripción de un producto como regalo cuando no es así, en los artículos 22.4

y 22.6 LCD; las continuas intrusiones durante las interacciones normales para que el consumidor haga o acepte algo (*nagging*), en el artículo 29.2 LCD; las pruebas gratuitas engañosas o trampas de suscripción compaginadas con obstáculos para una posterior desvinculación del contrato (*forced subscription o forced continuity*), en los artículos 22.2 y 23.4 LCD¹¹³.

También tienen un tratamiento especial en la actualidad, tras la Directiva (UE) 2019/2161, las reseñas de consumidores y usuarios que se recogen en los sitios webs mostrando una valoración de clientes. Junto con una obligación de información transpuesta en el TRLGDCU –a la que nos referimos en el siguiente párrafo–, se configura como práctica engañosa la consistente en incluir reseñas falsas o reseñas o aprobaciones sociales¹¹⁴ distorsionadas con el fin de promocionar bienes o servicios (transpuesta en el art. 27.8 LCD)¹¹⁵. Por lo tanto, consideramos que las técnicas de diseño que hemos clasificado como *social proof*, que pretenden influir en el usuario exponiéndole a testimonios o comportamientos de otros sujetos que sean falsos o puedan inducir a engaño, estarían prohibidas por esta última mención.

Otros patrones oscuros *podrían* encajar en algunas de las conductas tipificadas por la Directiva 2005/29/CE y la LCD. Por ejemplo, técnicas que presentan la información precontractual relevante de una manera oscura, ambigua o que induce al error, para dirigir la decisión del consumidor (ej. preguntas con trampas o con formatos que favorecen la opción deseada por el empresario, botones con etiquetado confuso, información escondida –*interface interference*–), podrían ser encuadradas dentro de los actos u omisiones engañosas de los arts. 5 y 7 LCD. En este sentido, no hay que olvidar que, aunque ubicados en otra norma, el incumplimiento de los deberes de información de la oferta comercial previstos en el artículo 20 TRLGDCU tiene efectos también en sede de competencia desleal, tal y como se prevé en su apartado 6. Concretamente, la omisión de la información allí contemplada como obligatoria (v. gr. *identidad del empresario, características del bien o servicio, precio, pago y entrega, condición del tercero en mercados en línea, información sobre parámetros para consultas por palabra clave o sobre procesamiento de las reseñas*) constituirá un supuesto de práctica desleal por engañosa del artículo 7 LCD¹¹⁶.

¹¹³ EUROPEAN COMMISSION, 2021, pp. 101 – 102.

¹¹⁴ Hablamos de críticas (valoración u opinión sobre un bien o servicio), tanto positivas como negativas, pero también de los típicos «me gusta», «recomienda» o cualquier otra reacción (corazones, estrellas) habituales en redes sociales o sitios web. Sobre el concepto de «reseña», véase MIRANDA SERRANO, L. M., *InDret*, pp. 175-177.

¹¹⁵ Sobre esta conducta, MIRANDA SERRANO, L. M., *InDret*, pp. 204 ss.

¹¹⁶ El artículo 20 TRLGDCU proviene de la transposición del artículo 7.4 y 7.5 de la Directiva 2005/29, que se ubicó en el TRLGDCU en lugar de en la LCD, como se hizo con el resto de la norma. Su

Por otro lado, el artículo 8.1 LCD sí reconoce expresamente el concepto de «influencia indebida», definiéndolo como la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso. Y se califica como práctica agresiva si es susceptible de mermar de manera significativa la libertad de elección o conducta del destinatario y, por tanto, afecta o pueda afectar a su comportamiento económico.

La guía de la Comisión Europea recoge algunos de los supuestos de los dos párrafos anteriores y, en concreto, este último caso lo vincula con la técnica del *confirmshaming*, que, como sabemos, consiste en hacer que el consumidor se sienta culpable para encaminarle a confirmar la opción preferida por el empresario¹¹⁷. En rigor, la norma aporta como elementos de juicio para valorar si existe esa influencia indebida, entre otros, la explotación por parte del empresario de circunstancias del consumidor de las que él tenga conocimiento para influir en su decisión respecto del bien o el servicio. Conocimiento de debilidades que, en el ámbito que nos ocupa, nos parece que vendría dado por el tratamiento de datos personales y el análisis del comportamiento del consumidor en su navegación por internet.

Sin perjuicio de esas prohibiciones más específicas, de manera general y como una *cláusula de cierre*¹¹⁸, se califica como desleal el comportamiento «objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe», lo que, en el ámbito de las relaciones con consumidores, se equipara a «actuar de manera contraria a lo que exigiría la diligencia profesional», esto es, a seguir prácticas honestas que no distorsionen ni puedan distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor (art. 4 LCD). Parece que encajaría en este escenario el uso en las páginas web o aplicaciones informáticas del empresario de técnicas que pretenden, precisamente, afectar y manipular el comportamiento del consumidor a la hora de contratar o abstenerse de hacerlo¹¹⁹. De hecho, según la Guía de la Comi-

fundamento es evitar prácticas comerciales engañosas en el momento más próximo a la contratación, el de la oferta comercial, de tal manera que el consumidor pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con conocimiento de causa (CÁMARA LAPUENTE, S., 2011c, pp. 283-284; BUSTO LAGO, J. M., 2015a, p. 260). Aunque solo referido a la obligación de información sobre las reseñas del apartado 4 del artículo 20, MIRANDA SERRANO, L. M., *InDret*, p. 189, entiende que el incumplimiento de este deber no comporta automáticamente estar ante una práctica engañosa por omisión, sino que sería necesario analizar la práctica a la luz de las exigencias del artículo 7 LCD.

¹¹⁷ EUROPEAN COMMISSION, 2021, p. 101.

¹¹⁸ MARTÍNEZ SANZ, F. (2009, pp. 64-66), respecto de la antigua redacción del artículo, identifica la finalidad de este precepto en poder abarcar nuevas conductas no previstas en el momento de aprobación de la Ley. Para este autor, al ser más sencillo alegar la infracción concreta que la contravención de una cláusula general, el precepto tiene una limitada eficacia práctica.

¹¹⁹ Esto se traduce en que la conducta ha de ser apta para mermar de manera apreciable la capacidad de decisión del consumidor, teniendo en cuenta el consumidor «medio» (MARIMÓN DURÁ, R., 2014, pp. 1690-1691).

sión Europea antes citada, el requisito de la diligencia profesional obligaría al empresario a adoptar las medidas adecuadas para garantizar que el diseño de su interfaz no altere las decisiones sobre transacciones de los consumidores¹²⁰. Teniendo en cuenta que también apunta que la norma no exige que exista una *intención* de aplicar el patrón oscuro para que estemos ante un acto desleal¹²¹, el ilícito existirá desde el momento en el que el diseño de la web incluya estas técnicas, con independencia de que el empresario buscara este efecto distorsionador o incluso fuera consciente de él. Es de notar, además, que la ley pretende cubrir todo el proceso de contratación, desde los actos que hacen que un consumidor se interese por una determinada oferta –aun cuando finalmente no se llegue a una decisión de compra–, hasta la perfección del contrato y su ejecución (art. 2.3 LCD)¹²².

A la vista de todo lo anterior, la LCD podría ser actualmente una de las normas principales para controlar los patrones oscuros (cuando no están involucrados datos personales). Uno de los obstáculos que se le puede achacar es que, más allá de las contadas prohibiciones específicas de la lista negra, en muchos casos es necesario aplicar cláusulas o conceptos generales que necesitan ser especificados caso por caso. De hecho, la propia Comisión a menudo se refiere a que un patrón oscuro *puede o podría* vulnerar una disposición de la Directiva 2005/29/CE, con lo que parece que dependerá de las circunstancias (qué tipo de información se oculta, cómo de persistente es la molestia al consumidor, etc.)¹²³.

Por otro lado, recientemente se ha aprobado la Directiva (UE) 2024/825, de 28 de febrero de 2024, sobre empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información. Se trata de una Directiva que, entre otras, reforma la Directiva 2005/29/EC y que, en principio, parecía que podría haber incluido una prohibición específica a los patrones oscuros. Decimos que «parecía que podría» haberla incluido porque en las últimas versiones de la tramitación y en el texto final se ha eliminado toda mención a estas prácticas.

Efectivamente, en las enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo al texto inicial de la Propuesta planteada por la Comisión¹²⁴ se preveían, como novedad, dos referencias a los patrones oscuros:

– Por un lado, se añadían dos específicos puntos a la lista de prácticas prohibidas *per se* en el Anexo I (es decir, a la lista negra) de la Directiva

¹²⁰ EUROPEAN COMMISSION, 2021, p. 101.

¹²¹ EUROPEAN COMMISSION, 2021, p. 101.

¹²² MARIMÓN DURÁ, R., 2014, p. 1671.

¹²³ Nos remitimos al epígrafe III.7 para una reflexión acerca de este aspecto.

¹²⁴ P9 TA(2023)0201, de 11 de mayo de 2023.

2005/29/EC. En primer lugar, como apartado 7bis.i), «dar más protagonismo a determinadas opciones al pedir al destinatario de un servicio en línea que tome una decisión»¹²⁵, léase, manipulación a través del formato. En segundo lugar, como apartado 7bis.ii), «hacer el procedimiento de cancelación de un servicio significativamente más engorroso que la suscripción a este», esto es, la práctica conocida como *roach motel*.

– Por otra parte, se añadía un nuevo apartado en el artículo 6 de la Directiva, relativo a las acciones engañosas, con el siguiente tenor: «e bis) prácticas con el efecto o probable efecto de distorsionar o menoscabar la autonomía, la toma de decisiones o la elección de los destinatarios del servicio, intencionalmente o no, a través de la estructura, el diseño o las funcionalidades de una interfaz en línea o de una parte de la misma»¹²⁶. Es decir, se incluía una prohibición general expresa a los patrones oscuros. Se ha criticado –con razón, a nuestro juicio– que se incluyera esta mención como un subtipo de prácticas engañosas, teniendo en cuenta que no todos los patrones oscuros son engañosos, sino que algunos encajan más con las prácticas calificadas como agresivas.

Sin embargo, estas enmiendas no se secundaron por el Consejo y no aparecen en las últimas versiones del texto durante la tramitación¹²⁷ ni en el texto final de la norma aprobado en febrero de 2024 y publicado el 6 de marzo de este mismo año. Volveremos sobre esta cuestión cuando analicemos los efectos del Reglamento de Servicios Digitales sobre este tipo de técnicas y su relación con la normativa de competencia desleal.

- MECANISMOS DE TUTELA

Como en apartados anteriores, una de las cuestiones relevantes en la que nos tenemos que detener en el caso de acudir a la vía de calificar a los patrones oscuros como conductas desleales según la LCD, sería la de los remedios y acciones disponibles para el usuario.

Dentro de la libertad que en este punto concedía a los Estados miembros la Directiva 2005/29/CE, de prácticas comerciales desleales, el artículo 32

¹²⁵ Enmienda número 72.

¹²⁶ Enmienda número 42.

¹²⁷ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 17 de enero de 2024. Documento P9_TA(2024)0018. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=EP%3AP9_TA%282024%290018.

LCD prevé una gran variedad de acciones que se pueden ejercitar contra los actos de competencia desleal, combinando medidas de distinta naturaleza.

Así, 1) las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros; 2) AECOSAN y entidades equivalentes autonómicas y de las Corporaciones Locales; 3) asociaciones de consumidores que reúnan los requisitos establecidos por ley; y 4) entidades de otros Estados miembros constituidas para la defensa de los intereses de los consumidores habilitadas para ello, tendrán legitimación activa para ejercitar las siguientes acciones: a) acción declarativa de deslealtad; b) acción de cesación de la conducta desleal o prohibición de reiteración futura; c) acción de remoción de los efectos producidos por el acto de competencia desleal; y d) acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas (arts. 32.1 y 33.1 a 3 LCD). El Ministerio Fiscal, por su parte, tendrá legitimación para interponer la citada acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores (art. 33.4).

Junto con esta legitimación colectiva o pública, el artículo 33.1 LCD reconoce, de manera amplia, a «cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal» la legitimación para las cuatro anteriores acciones y para una más: la «acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal», si media dolo o culpa del agente.

La acción declarativa (que busca que se confirme la ilicitud del acto), la de cesación (que persigue que el comportamiento no continúe realizándose en la práctica) y la de rectificación de informaciones engañosas, incorrectas o falsas¹²⁸, son acciones cuyas consecuencias benefician a los usuarios en su conjunto, como colectividad, en la medida en que su éxito supondrá que se retire, en el caso que aquí nos ocupa, la existencia de patrones oscuros en el diseño de las páginas web o aplicaciones informáticas, lo que favorecerá la transparencia y buen funcionamiento del entorno digital.

Sin embargo, las medidas correctoras con efectos directos para un usuario individualmente considerado que se ha visto afectado por una práctica que supone una infracción de la normativa de competencia desleal son limitadas en la LCD.

El artículo 32.1 sí prevé, por un lado, la *acción de resarcimiento de los daños y perjuicios* ocasionados por la conducta desleal (5.^a). Se trata de una

¹²⁸ GUALPE CAPÓ, P.; BORRÁS CEBRIÁN, P., 2009, pp. 306, 309, 314; CERVERA MARTÍNEZ, M., 2014, pp. 1846, 1849, 1856; BENEYTO, K., 2020, pp. 274, 277, 282.

acción de naturaleza reparadora que goza de la naturaleza jurídica de la acción indemnizatoria derivada de la responsabilidad civil por culpa de los artículos 1101 y 1902 del Código civil, a cuyos presupuestos hay que, por tanto, estar¹²⁹. Es decir, debe existir una acción u omisión (que suponga una conducta desleal en este caso), un daño (patrimonial o extrapatrimonial, comprendiendo tanto el desembolso efectivo como la ganancia frustrada o que se haya dejado de obtener), una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño, y que el comportamiento dañador sea culpable o doloso¹³⁰.

En el caso de los patrones oscuros, hay que recordar que suele ser común denominador a las definiciones legales de estas prácticas que han ido surgiendo el hecho de no exigir la intención de afectar al comportamiento del usuario por parte del empresario titular de la interfaz. Será patrón oscuro y, por tanto, prohibido, si el efecto es, *de facto*, que se manipula, engaña o afecta al usuario en los términos recogidos en los diferentes conceptos, con independencia de si esa era la intención del empresario.

Pues bien, sin perjuicio de la definición de patrón oscuro, ¿cuándo se daría el presupuesto de dolo o culpa –a probar por el usuario– en el uso de estas prácticas a los efectos de poder pedir una indemnización por los daños y perjuicios? En el caso del dolo, resultaría difícil probar la intencionalidad del uso de estas prácticas. La culpa o negligencia, por su parte, ha consistido tradicionalmente en la falta de adopción de las medidas de seguridad y cuidado que se hubiesen empleado por una persona ideal diligente, en previsión y tendentes a evitar un eventual perjuicio a terceros, adaptando este nivel de cuidado exigido a las circunstancias del artículo 1104. I Cc¹³¹, es decir, según la naturaleza de la obligación, las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar¹³². A tal efecto, el hecho de que el causante del daño se trate aquí de un empresario, hace que se le deba exigir un estándar de diligencia cualificado respecto del estándar del «buen padre de familia», pues está actuando en el marco de su actividad empresarial y buscando un lucro¹³³. Algunos autores en la doctrina mercantilista han sostenido un acercamiento entre la responsabilidad por culpa y la objetiva, con una inversión de la carga de la prueba si existe una deslealtad manifiesta y se han probado el resto de los requisitos para que

¹²⁹ SAP Madrid núm. 267/2004, de 1 de julio [JUR 2004, 267926].

¹³⁰ Sobre los requisitos, *vid.* Díez-PICAZO, L., 2008, pp. 783 ss.; PEÑA LÓPEZ, F., 2009, pp. 2154-2156; (DEL) OLMO GARCÍA, P., 2023, pp. 8439 ss.

¹³¹ Véase PEÑA LÓPEZ, F., 2009, p. 2156.

¹³² *Vid.* CARRASCO PERERA, A., 1989, p. 613.

¹³³ Se sustituye por la diligencia media del buen profesional, (DEL) OLMO GARCÍA, P., 2019, marginal 2/900.

concurra responsabilidad¹³⁴. Sin embargo, quizás sería más correcto afirmar que la existencia de un comportamiento claramente desleal podría llegar a permitir al juez, en el caso concreto, inferir la existencia de negligencia, sin que se trate de una inversión sistemática de la carga de la prueba¹³⁵.

En todo caso, para la prueba de la existencia de culpa habría que valorar si el empresario podía haber previsto que introducir esas prácticas en sus interfaces iba a distorsionar el comportamiento de los usuarios y generar daños¹³⁶. Al menos respecto de las técnicas más evidentes, se puede concluir que sí era previsible el daño. Por supuesto, el problema continuará respecto de nuevas técnicas que surjan y/o técnicas que se puedan ubicar en una franja gris sin que esté clara su repercusión. Primero, porque podría no encajar dentro de esa «deslealtad manifiesta» que puede flexibilizar la carga de la prueba; segundo, porque, en todo caso, será más difícil probar que su uso ha sido negligente, esto es, que se debería haber sabido el potencial efecto negativo de la interfaz sobre el usuario. En este sentido, en todo caso, hay que tener en cuenta que a quien se encarga del diseño efectivo de la página web y/o aplicación informática –sea un departamento interno del propio empresario, sea un tercero especializado¹³⁷– se le presupone un conocimiento de los diferentes avances y estudios que en este campo se van produciendo en cuanto a los efectos de las distintas prácticas, pues son precisamente sus efectos engañosos los que hacen interesante el uso de patrones oscuros para el titular de la interfaz.

Reforzando el argumento, ante patrones oscuros que suponen, no solo la vulneración de la normativa de competencia desleal sino, también, de otras normas (por ejemplo, normas de protección de los consumidores contenidas en el TRLGDCU), nos parece que difícilmente podrá negarse la existencia de culpa o negligencia ante su uso. Es cierto que no siempre hay una correspondencia o comunicación directa entre infracciones de la normativa de competencia desleal e infracciones de la normativa de contratos de consumo, pero no se trataría aquí de determinar si se ha incurrido en un acto desleal sino, partiendo de que sí se ha

¹³⁴ En el ámbito de la acción de resarcimiento de daños de la LCD, véase VEGA VEGA, J. A., 2011, p. 875; CASADO NAVARRO, A., 2022, p. 144.

¹³⁵ Se recurriría a la máxima *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma). Nótese que se trataría tan solo del empleo de una presunción judicial *iuris tantum* para aligerar el rigor de la carga de la prueba. Como señala SOLÉ FELIU, J., (RDC, pp. 65, 66 y 75) –en otro contexto, pero extrapolable aquí–, esta doctrina no supone ningún cambio en las reglas generales sobre la carga de la prueba puesto que seguiría siendo el demandante quien soportaría la carga de aportar prueba de los indicios sobre los que pretende fundamentar la convicción judicial.

¹³⁶ Cuando en materia de responsabilidad por culpa se recurre a un modelo objetivo del buen padre de familia –del buen profesional, en este caso–, lo decisivo es establecer un juicio de previsibilidad del daño [(DEL) OLMO GARCÍA, P., 2019, marginal 2/905].

¹³⁷ Por el que el empresario respondería, en todo caso, frente al usuario, por la responsabilidad por los auxiliares.

hecho (porque ese es el primer requisito para la acción de reparación), si ha habido dolo o culpa. Y, en este sentido, se trataría de comportamientos respecto de los que es tan conocido su efecto contraproducente para los consumidores que ha derivado en una prohibición legal, aunque sea en otra norma.

Junto a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, cabe plantearse la viabilidad como remedio individual de la *acción de remoción de los efectos* producidos por la conducta desleal (art. 32.1.3.^a LCD). Esta acción, que, como señalábamos con anterioridad, puede ser ejercitada por un usuario individual, pretende que el juez ordene las medidas necesarias para que se eliminen los efectos producidos por el acto de competencia desleal y se reestablezca la situación anterior, en la medida en que esto sea posible¹³⁸. En el caso de que la práctica desleal afectara a la validez o eficacia de un contrato, cabría preguntarse si se podría solicitar directamente la ineficacia de dicho contrato al amparo de la acción de remoción de efectos y, en ese caso, con qué requisitos. No se trata de una pregunta con una respuesta pacífica en la doctrina. Si bien de lo que se trataba tradicionalmente a través de esta acción era de reestablecer el orden concurrencial y no las meras relaciones *inter privatos* entabladas por los participantes¹³⁹, hay un sector de la doctrina que mantiene que, al amparo de la acción de remoción, se pueden solicitar directamente la anulación o ineficacia de los contratos que se hayan suscrito como consecuencia de una práctica comercial desleal¹⁴⁰. Este argumento se puede haber visto reforzado, entiende algún autor, por la ausencia de nuevas medidas correctoras individuales en la LCD a pesar del mandato al respecto de la Directiva 2019/2161, de 27 de noviembre.

Esta Directiva incorpora un nuevo artículo 11 bis a la Directiva 2005/29/CE, que, bajo el título «Reparación», conmina a los Estados miembros a regular medidas correctoras proporcionadas y eficaces para los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales, «incluida una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el consumidor, y, cuando proceda, una reducción del precio o la resolución del contrato». El legislador español ha transpuesto este artículo a través del artículo 20 bis TRLGDCU, pero sin regular, realmente, un régimen de medidas correctoras individuales para los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales pues no se identifica en el precepto ninguna acción en concreto. Esto ha llevado a algún autor, como señalábamos, a reconsiderar la acción de remoción prevista en la LCD como un vehículo apto para actuar como un mecanismo corrector individual, recurriendo a una interpretación del Derecho nacional de conformidad con el artículo 11 bis de la Directiva 2005/29/CE¹⁴¹. Es decir, entendiend-

¹³⁸ GUALPE CAPÓ, P.; BORRÁS CEBRIÁN, P., 2009, p. 311; CERVERA MARTÍNEZ, M., 2014, p. 1853.

¹³⁹ CASADO NAVARRO, A., 2022, p. 141.

¹⁴⁰ MASSAGUER, J., 1999, p. 536; CERVERA MARTÍNEZ, M., 2014, p. 1855; BENEYTO, K., 2020, p. 282.

¹⁴¹ Así lo defiende CASADO NAVARRO, A., 2022, pp. 142, 196-197.

do que, dado que no se han previsto opciones, como la reducción del precio o la resolución del contrato, en nuestro Ordenamiento Jurídico podrían articularse esas soluciones individuales negociales a través de la acción de remoción.

En el caso de que se entendiera que esta acción de remoción de los efectos negociales no es fundamento jurídico suficiente por sí solo para afectar directamente a los contratos influenciados por prácticas comerciales desleales, las acciones individuales al amparo del artículo 32.1.3.º LCD serán las acciones de ineficacia contractual, como la anulabilidad, nulidad o resolución, teniendo que cumplirse, en cada caso, sus respectivos presupuestos para su éxito.

A la vista de lo expuesto, y sin perjuicio de posibles interpretaciones, los mecanismos de defensa previstos en la actualidad en la LCD frente a patrones oscuros que pudieran calificarse como prácticas comerciales desleales parecen dirigirse más a procurar una protección con efectos, podríamos decir, colectivos (cese de la práctica, retirada de los elementos a través de los cuales se ha llevado a cabo la práctica desleal¹⁴², etc.), que contractuales individuales.

5.5 El Reglamento de Servicios Digitales

En línea con el actual interés del legislador europeo en los patrones oscuros, el Reglamento 2022/2065, Reglamento de Servicios Digitales (en adelante, RSD), que vio la luz en octubre de 2022, presta atención a esta figura y la regula expresamente por primera vez, prohibiéndola («no diseñarán, organizarán ni gestionarán sus interfaces [...]», según reza el art. 25.1 RSD). Para determinar el alcance de esta prohibición debemos detenernos en varias cuestiones.

Desde el punto de vista del ámbito objetivo de la norma, no se utiliza en el articulado el término «patrón oscuro» pero sí se hace referencia a técnicas que «engañen o manipulen a los destinatarios del servicio o [...] distorsionen u obstaculicen sustancialmente de otro modo la capacidad de los destinatarios de su servicio de tomar decisiones libres e informadas», descripción que claramente nos trae a la memoria a los patrones oscuros (art. 25.1 RSD).

Además, aunque en el artículo 25.1 RSD no se aluda expresamente al término «patrón oscuro», sí se hace en la parte expositiva de la norma. Así, el Considerando 67 del RSD se refiere a los «*dark patterns*» (en la versión en inglés) y a las «interfaces engañosas» (en la versión en español), recogiendo una definición que encaja con la del artículo 25.1 RSD. Es decir, no hay duda de que se está regulando estas prácticas.

¹⁴² MASSAGUER, J., 1999, p. 536; GUALPE CAPÓ, P.; BORRÁS CEBRIÁN, P., 2009, pp. 313-314.

Siguiendo con la regulación de los patrones oscuros, el apartado 3 del artículo 25 reza del siguiente modo: «La Comisión podrá publicar directrices sobre cómo el apartado 1 se aplica a prácticas específicas, en particular [...]», recogiendo a continuación tres supuestos de patrones oscuros.

Se ha optado, por tanto, por positivizar una definición amplia de patrón oscuro, que se completa con tres supuestos de prácticas específicas que –entendemos, por su habitualidad y especial efecto pernicioso– se ponen de relieve. Como una enumeración que debemos entender como *numerus apertus* («en particular», señala el art. 25.3 RSD, al referirse a los supuestos concretos y, por lo tanto, no excluyendo otras), el legislador ha seleccionado para destacar aquellas prácticas que buscan manipular al usuario con el formato de la información («dar más protagonismo a determinadas opciones al pedir el destinatario del servicio que tome una decisión»), las técnicas de persistencia o *nagging* («solicitar reiteradamente que el destinatario del servicio elija una opción cuando ya se haya hecho esa elección, especialmente a través de la presentación de ventanas emergentes que interfieran en la experiencia del usuario») y las de obstrucción para darse de baja o *roach motel* («hacer que el procedimiento para poner fin a un servicio sea más difícil que suscribirse a él»). Aunque redactado de una manera un tanto inusual¹⁴³, parece que habrá que estar a futuras posibles directrices a las que se refiere la norma para tener un perfil más concreto de los tres supuestos subrayados y para, esperemos, un reconocimiento expreso de más tipologías de patrones oscuros, siguiendo las diversas clasificaciones de la doctrina.

Sin embargo, lo que a primera vista parecería *la* solución a los patrones oscuros, debe matizarse, por dos razones:

– En primer lugar y, en lo que al ámbito subjetivo de aplicación de la norma respecta, porque, aunque el artículo 2.1 RSD se refiere a los prestadores de servicios de intermediación como destinatarios de la norma, el concreto artículo 25 RSD se encuentra dentro de la Sección 3, que se ocupa de las «Disposiciones adicionales aplicables a los prestadores de plataformas en línea», esto es, un subgrupo más reducido dentro de los anteriores. Por otro lado, el artículo 19 RSD excluye a las microempresas y pequeñas empresas de la prohibición (salvo que hayan sido designados como plataformas en línea de muy gran tamaño en el sentido del art. 33), a pesar de que, según los experimentos de campo realizados, los patrones oscuros se utilizan por empresarios de todos los tamaños. Los prestadores afectados por la prohibición del uso de patrones

¹⁴³ Parece, por un lado, que el artículo 25.3 RSD no conmina a la Comisión a desarrollar directrices, sino que simplemente está previendo dicha posibilidad («podrá»). Pero, por otro, sí da ciertas indicaciones o llama la atención sobre, en su caso, el contenido de esa potencial guía.

oscuros abarcarán posiblemente a una buena parte de los supuestos que más incidencia pueden tener en los usuarios, pero deja fuera otros –bien por tipo de actividad, bien por tamaño del prestador de servicios– frente a los que solo cabe recurrir a las medidas previas ya existentes (y que, en teoría, se han visto como insuficientes). Parece, por tanto, que el RSD está enfocado a controlar prácticas engañosas que tengan un cierto impacto en la sociedad.

– En segundo lugar, y más importante, porque, tal y como se recoge en el apartado segundo del artículo 25 RSD, el ámbito objetivo de aplicación de la prohibición se ve reducido al dejar fuera aquellas conductas ya reguladas por la Directiva 2005/29/CE y el Reglamento (UE) 2016/679, esto es, por la normativa sobre prácticas desleales y sobre protección de datos. Por lo tanto, por ejemplo, para sancionar cualquier diseño de una página web en la que se pida el consentimiento del usuario para el tratamiento de sus datos personales intentando confundirle y sin la debida transparencia, no sería el RSD la norma a la que acudir, sino que seguiría siendo competencia exclusiva del RGPD. Es de notar el alto nivel de exigencia teórico en lo que a transparencia y consentimiento se refiere de la normativa en materia de protección de datos. De hecho, como se ha señalado en el apartado correspondiente, la AEPD ya ha empezado a imponer sanciones con motivo del uso de patrones oscuros. Sin embargo, también es cierto que este alto nivel de protección no ha impedido hasta ahora que se hayan producido vulneraciones en materia de protección de datos como consecuencia de técnicas de diseño de las interfaces.

Por otro lado, y dado que en la regulación de las prácticas desleales no se contemplan expresamente los patrones oscuros ni en todos los casos queda claro qué artículos suponen un límite¹⁴⁴, la interrelación entre estas normas puede generar incertidumbre y desprotección. Por eso esta exclusión del artículo 25.2 RSD –que fue incluida solo al final del proceso legislativo–, resulta sorprendente: si no está claro en qué situaciones la normativa sobre prácticas desleales puede invocarse, como consecuencia, tampoco estará claro cuándo se podrá invocar el RSD. Volveremos sobre esta cuestión cuando analicemos la interacción entre las distintas normas que pueden afectar a los patrones oscuras.

De hecho, de haberse mantenido las enmiendas del Parlamento Europeo a la Propuesta de Directiva de modificación de la Directiva 2005/29/CE, se habría reducido todavía más el ámbito de aplicación del RSD: tal y como se había indicado en el correspondiente apartado sobre competencia desleal, estas enmiendas suponían

¹⁴⁴ Es cierto que la Guía sobre interpretación y aplicación de la Directiva 2005/29/CE publicada en 2021, como hemos tenido ocasión de ver, consta de un apartado especial dedicado a los patrones oscuros y que encaja algunos de ellos en los supuestos contemplados por la norma, pero en muchos casos solo se hace de manera aproximada («podría equivaler a...»).

III. LOS PATRONES OSCUROS EN EL DISEÑO DE LAS INTERFACES DE USUARIO ■

la inclusión de los patrones consistentes en dificultar el procedimiento para poner fin a un contrato y manipular a través del formato, así como una prohibición general de prácticas que tuvieran el efecto probable de distorsionar o menoscabar la autonomía, la toma de decisiones o la elección de los destinatarios del servicios, intencionadamente o no, a través de la estructura, el diseño o las funcionalidades de una interfaz en línea o de una parte de la misma. Al estar expresamente consideradas estas prácticas –a través de dos supuestos concretos, pero, sobre todo, mediante una definición general que abarcaría cualquier patrón oscuro–, a estos casos ya no sería de aplicación el RSD, según lo dispuesto en el artículo 25.2.

Quizás por lo expuesto en las anteriores líneas y respecto de los patrones oscuros, se ha señalado que el RSD «puede no ser la regulación salvadora que muchos esperaban»¹⁴⁵. En todo caso, fenómenos como la publicidad *online*, los patrones oscuros y la sobreexposición a advertencias sobre *cookies* estaban dentro de las prioridades de regulación de la Comisión Europea para el 2023¹⁴⁶ con lo que, junto con el RSD, se han producido en la materia nuevos desarrollos normativos y otros se esperan a muy corto plazo. Nos encargaremos precisamente de algunos de ellos en epígrafes posteriores.

• MECANISMOS DE TUTELA

El RSD prevé la existencia en cada uno de los Estados miembros de autoridades con las competencias necesarias para una ejecución efectiva de la norma. En este sentido, cada Estado tendrá que designar a una autoridad competente como coordinador de servicios digitales, entidad que, en España, será la Comisión Nacional de los mercados y la competencia (CNMC), tal y como ha dispuesto el Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública¹⁴⁷. En virtud del artículo 51 RSD, las facultades de la CNMC respecto del RSD incluyen, entre otras, facultades de investigación –solicitud de información o explicaciones, facultad de inspección– así como de ejecución, en virtud de las cuales podrá ordenar el cese de las infracciones, imponer medidas correctoras e imponer multas. Serán los Estados miembros los que tengan que desarrollar normas y procedimientos específicos para el ejercicio de estas facultades.

Aplicado a los patrones oscuros, se entiende que la CNMC podría, tras el correspondiente procedimiento y en el caso de constatarse una infracción del

¹⁴⁵ SAS, M., *KU Leuven*.

¹⁴⁶ BERTUZZI, L., *Euractiv*, 2022.

¹⁴⁷ MINISTERIO PARA LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y DE LA FUNCIÓN PÚBLICA; COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO Y DE LA COMPETENCIA, 2024.

artículo 25 RSD, obligar a los prestadores de plataformas en línea a corregir o eliminar de sus interfaces aquellas prácticas que engañaran o manipularan a los destinatarios del servicio. Este procedimiento podría iniciarse por la propia autoridad –como consecuencia, por ejemplo, de una previa labor de vigilancia o supervisión– pero también a instancia de los propios destinatarios del servicio (personas físicas) o de organismos, organizaciones o asociaciones que pudieran actuar en su nombre, pues el RSD recoge explícitamente el derecho de estos a presentar una reclamación por la infracción de alguna obligación del Reglamento contra los prestadores de servicios intermediarios y ante el coordinador de servicios digitales del Estado miembro en el que se haya recibido el servicio (art. 53 y Considerando 118). A falta de ese desarrollo de normas y procedimientos específicos, no sabemos si esas medidas correctoras a las que se refiere el art. 51.2.b) RSD serán generales o colectivas o pueden consistir en medidas que afecten a un contrato y usuarios individuales, por ejemplo, dando por terminado un negocio jurídico si se ha utilizado alguna maniobra indebida que obstruya al usuario su voluntad de darse de baja o declarando no incorporada una cláusula no negociada si su incorporación se ha producido por una casilla premarcada. Salvo que se le dé competencias a la CNMC y entidades administrativas encargadas de la ejecución del RSD para ello, serían solo los tribunales (o el arbitraje de su consumo) los que pudieran afectar a los contratos individualmente considerados.

En todo caso, más allá de una multa o medida correctiva general, desde un enfoque centrado en los intereses particulares de un usuario concreto, el artículo 54 RSD prevé la posibilidad de que un destinatario del servicio que haya sufrido daños o perjuicios como consecuencia de alguna infracción de las obligaciones del Reglamento solicite una indemnización por dichos daños. Eso sí, este precepto solo contempla la posibilidad de que, con base al RSD, se pueda pedir responsabilidad a los prestadores de servicios intermediarios, pero no articula ningún mecanismo *ad hoc* sino que remite a las normas y criterios del Derecho nacional del Estado miembro para la compensación («de conformidad con el Derecho de la Unión o nacional», reza el precepto), «sin perjuicio de otras vías de recurso disponibles en virtud de las normas de protección de los consumidores» (Considerando 121). En cuanto a la relación entre el RSD y normativa de protección de los consumidores, nos remitimos a los epígrafes en los que se trata la interacción de la norma europea de servicios digitales con la normativa de competencia desleal y con el TRLGDCU. Pero, en todo caso, a la vista del artículo 54 RSD, habrá que estar al régimen legal general de la responsabilidad contractual y extracontractual –artículos 1101 ss. y 1902 Cc– o, en su caso, al de otras normas especiales que pudieran ser de aplicación.

5.6 Reglamento de Mercados Digitales

El Reglamento (UE) 2022/1925 de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital, el conocido por Reglamento de Mercados Digitales (RMD, en adelante), tiene como objetivo garantizar un sector digital competitivo y justo mediante la imposición de una serie de obligaciones a las grandes plataformas, a las que se denomina «guardianes de acceso»¹⁴⁸, para evitar que abusen de su posición. Mientras que el enfoque del RSD está más dirigido a la protección de los consumidores en el entorno digital, el RMD se preocupa por generar un entorno competitivo en esta esfera digital. ¿Son relevantes los patrones oscuros desde esta perspectiva? Sí. Como vimos en el apartado relativo al impacto de los patrones oscuros (III.4.2), estas prácticas tienen consecuencias desde el punto de vista colectivo pues pueden generar fallos de mercado, afectar a la confianza de los consumidores en el mercado digital y afectar a la libre competencia¹⁴⁹. En todo caso, el RMD no se refiere expresamente a ellos con esa denominación, pero sí contempla obligaciones relacionadas con el diseño de interfaces.

Así, dentro de las obligaciones del artículo 5.2, la letra d), el RMD obliga al guardián de acceso a abstenerse de «iniciar la sesión de usuarios finales en otros servicios del guardián de acceso para combinar datos personales» –salvo que, lógicamente, se haya recabado un consentimiento válido según el RGPD–, práctica que, según como se configurara, podría encajar en un supuesto de patrón oscuro del tipo *bad defaults* (imaginemos, por ejemplo, que una interfaz está diseñada de tal forma que, al entrar el usuario en una red social, se activa la sesión también en otra de la misma entidad porque está por defecto preconfigurada esta opción)¹⁵⁰. Un supuesto de patrón oscuro *forced subscription* sería el recogido en el artículo 5.8, que prohíbe a los guardianes de acceso exigir a los

¹⁴⁸ El artículo 3, apartados 1 y 2, RDM contiene la delimitación de las empresas que serán consideradas guardianes de acceso, que será toda empresa que: a) «tiene una gran influencia en el mercado interior» (esto es, que haya tenido un volumen de negocios anual en la Unión Europea de, al menos, 7 500 millones de euros en los tres años anteriores o que tenga una valoración de mercado de, al menos, 75 000 millones de euros y que preste el mismo servicio básico de plataforma en, al menos, tres Estados miembros); b) «presta un servicio básico de plataforma que es una puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales» (es decir, que tenga, al menos, 45 millones de usuarios finales al mes y que tenga, al menos, 10 000 usuarios profesionales establecidos en la UE) y c) «tiene una posición afianzada y duradera, por lo que respecta a sus operaciones, o es previsible que alcance dicha posición en un futuro próximo». La Comisión Europea ha identificado seis empresas que cumplen los requisitos para ser clasificados como «guardianes de acceso»: *Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft* (<https://www.consilium.europa.eu/es/policies/digital-markets-act/#what>).

¹⁴⁹ Nos remitimos al epígrafe 4.2. Del impacto individual al impacto colectivo.

¹⁵⁰ DI PORTO, F.; EGBERTS, A., *ELJ*, p. 130, clasifican este supuesto del artículo 5.2.d) como *force subscription*.

usuarios que se suscriban o registren en cualquier servicio básico de la plataforma adicional como condición para poder utilizar cualquiera de los servicios básicos de plataforma de guardián de acceso. Por su parte, el artículo 5.2 *in fine* RMD contempla el patrón oscuro conocido como *nagging* cuando censura que el guardián de acceso solicite el consentimiento a usuarios finales para el acceso a servicios que impliquen el tratamiento de datos personales más de una vez en el plazo de un año si el usuario había ya denegado o retirado dicho consentimiento. Además de estos supuestos, se ha entendido que bajo el artículo 6.3 RMD tendrían cabida prácticas como «*bad default*», «*click fatigue*», «*roach motel*» y «*confirmshaming*», pues esta disposición obliga a los guardianes de acceso a permitir que los usuarios finales cambien fácilmente la configuración por defecto de sus sistemas operativos, asistentes virtuales y navegador web si la configuración por defecto dirige o conduce a los usuarios finales a los productos o servicios que ellos ofrecen¹⁵¹. En aplicación de esta idea, parece lógico que no se utilicen opciones por defecto tendentes a la permanencia; tampoco técnicas que busquen que, por un itinerario largo y laberíntico, el usuario desista finalmente de realizar ningún cambio; prácticas que escondan o dibujen un proceso gravoso para que el usuario cancele una cuenta o suscripción porque, por ejemplo, tiene que llamar por teléfono y en una determinada franja horaria; ni diseños que, a través de expresiones o preguntas dirigidas, busquen que el usuario se replantee su decisión y desista.

El Considerando 63, aun estando en la parte expositiva de la norma, respalda desde luego la relevancia para el RMD de eliminar prácticas identificadas con los patrones *roach motel*: «los guardianes de acceso pueden obstaculizar la capacidad de los usuarios [...] para darse de baja de un servicio básico de plataforma al que se hayan suscrito anteriormente». Esto puede suceder –y está prohibido– si, como reza el Considerando, cerrar una cuenta o darse de baja es más complicado que crear una cuenta o suscribirse; si se exigen comisiones adicionales; si la razones para dar por terminado un contrato son demasiado restrictivas sin motivo; si el período de preaviso (muy amplio) o la forma de la resolución dificultan el ejercicio del derecho a darse de baja.

Vistos los casos concretos anteriores, nos interesa especialmente detenernos en el artículo 13 RMD, que contiene una referencia expresa al diseño de las interfaces. Y lo hace en el contexto de las denominadas como medidas «antielusión», que buscan que los guardianes de acceso no evadan indirectamente las obligaciones que les son impuestas en los artículos 5, 6 y 7 de la propia norma. A tal efecto, el apartado 4 de este precepto prohíbe cualquier comportamiento

¹⁵¹ Así lo señalan DI PORTO, F.; EGBERTS, A., *ELJ*, pp. 130-131.

que menoscabe el cumplimiento eficaz de esas obligaciones, entre otros, haciendo uso de «técnicas basadas en el comportamiento o el diseño de interfaces». Por su parte, el apartado 6 veta el hecho de que se dificulte indebidamente el ejercicio de los derechos reconocidos en estos artículos, incluyendo «el hecho de ofrecer a los usuarios finales opciones de una manera que no sea neutra, o de subvertir la autonomía y la toma de decisiones o la capacidad de elección de los usuarios finales o de los usuarios profesionales a través de la estructura, el diseño, la función o el modo de funcionamiento de la interfaz de usuario o sus componentes»¹⁵². Neutralidad en el diseño, neutralidad en el funcionamiento de la interfaz y afectación a la autonomía y la toma de elecciones de los usuarios a través del diseño son ideas en torno a las que gira el concepto de patrones oscuros y que se han venido repitiendo a lo largo de este trabajo. Los guardianes de acceso no podrán recurrir a trucos relacionados con el diseño de las páginas web o aplicaciones para limitar el efecto de las obligaciones de los artículos 5, 6 y 7, con lo que estarán prohibidos aquellos patrones oscuros que se puedan relacionar con algunos de los supuestos allí contemplados¹⁵³.

En cualquier caso y en rigor, si bien es cierto que los patrones oscuros se consideran por el RMD como una práctica a erradicar en la medida en que pueden afectar al comportamiento y toma de decisiones racionales de los usuarios y, por tanto, a la competencia, su potencial como norma a controlarlos se ve limitada, por un lado, de nuevo por su ámbito subjetivo –esto es, solo obligaría a no usar patrones oscuros a los guardianes de acceso, que, si bien impactan en muchos usuarios, son un número muy limitado de entidades y dejan fuera a muchas otras empresas (no solo pequeñas o medianas), que no se verán afectados por esta prohibición– y, por otro lado, por el hecho de que el patrón oscuro tiene que estar relacionado directamente con los supuestos de hecho de los artículos 5, 6 y 7 RMD para entrar en la prohibición¹⁵⁴.

- MECANISMOS DE TUTELA

El control de la correcta aplicación del RMD se centraliza en la Comisión Europea, desde las facultades que tiene este órgano para llevar a cabo una investigación de mercado (arts. 16 ss.) hasta la de incoar un procedimiento

¹⁵² Se hace hincapié en la importancia del diseño de las interfaces como mecanismo para poder afectar el comportamiento y capacidad de decisión de los usuarios finales. Esta prohibición se reitera en el Considerando 70 de la norma.

¹⁵³ Sobre el artículo 13 y los patrones oscuros, DI PORTO, F.; EGBERTS, A., *ELJ*, pp. 131-132.

¹⁵⁴ Así lo entienden también MACKINNON, E.; KING, J., *TPP*, p. 12.

(arts. 20 ss.) e imponer una multa (arts. 30 y 31) mediante una «decisión de incumplimiento» (art. 29), en su caso. La participación de sujetos individuales está prevista en el artículo 27 RMS solo en el sentido de darles un cauce para informar a la autoridad nacional competente del Estado miembro¹⁵⁵ o a la Comisión acerca de cualquier práctica o comportamiento de los guardianes de acceso que vulnere las obligaciones previstas en la norma. Así lo podrá hacer «cualquier tercero», señala el precepto, entendiendo por tal, los usuarios finales de los servicios, los usuarios profesionales o los competidores. Sin embargo, este mecanismo no nos resulta equiparable a uno de reclamación, al estilo del que sí existe en otras normas. Es muy expresivo, en este sentido, que el apartado 2 del artículo 27 no obligue a la autoridad competente ni a la Comisión a iniciar un expediente a partir de esa información, es decir, una vez recibida la información, tienen «plena discrecionalidad» para investigar o no la posible infracción¹⁵⁶.

5.7 Reglamento de Datos

A partir de una Propuesta de Reglamento sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, se ha aprobado el conocido como Reglamento de datos (*Data Act*)¹⁵⁷. Esta norma se centra en los datos generados por dispositivos conectados y servicios relacionados, así como en su transmisión y también se ocupa del fenómeno de los patrones oscuros. De hecho, en su Considerando número 38 se hace una expresa referencia a este término como sinónimo de «elementos engañosos» a la hora de diseñar interfaces digitales y se recogen varios de los supuestos posibles («para el usuario debe ser tan fácil denegar o interrumpir el acceso del tercero a los datos como autorizarlo»; «ni los terceros ni los titulares de datos deben dificultar indebidamente el ejercicio de las opciones o los derechos de los usuarios, tampoco ofreciendo opciones a los usuarios de manera no neutra», o «coaccionándolo, engañándolo o manipulándolo de algún modo, o neutralizando o mermando su autonomía, toma de decisiones u opciones»).

El artículo 6.2.a) de la norma recoge la prohibición por parte de los terceros que reciben datos de los usuarios de utilizar patrones: no podrán «dificultar

¹⁵⁵ Se refiere a las competentes para aplicar las normas recogidas en el artículo 1.6 RMD.

¹⁵⁶ «Hacer un seguimiento de la información recibida», en palabras del artículo 27.2 RMD.

¹⁵⁷ Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, PE/49/2023/REV/1; 2023/2854 (COD) LEX 2283. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/2854/oj>

indebidamente el ejercicio de las opciones o los derechos de los usuarios», «tampoco», especifica, a través de técnicas como los patrones oscuros, esto es, «ofreciendo opciones a los usuarios de manera no neutra o coaccionándolos, engañándolos o manipulándolos, o neutralizando o mermando la autonomía, la toma de decisiones o las opciones de los usuarios, tampoco a través de una interfaz digital de usuario o de una parte de ella». El Considerando 38 excluye del concepto de patrón oscuro aquellas prácticas comerciales «habituales y legítimas que sean conformes con el Derecho de la Unión». Parece claro el segundo de los requisitos –la legitimidad– pero, a nuestro juicio, no tanto la habitualidad, pues el hecho de que una técnica de diseño de las interfaces sea habitual no implica que no sea un patrón oscuro –pues entonces la mayoría de los actuales no lo serían– del mismo modo que el hecho de que no sea utilizada de modo extenso en la práctica no incrementa su opacidad o su naturaleza dañina.

En la línea de lo que ocurre con el ámbito subjetivo de aplicación del RSD, se tiene en cuenta el tamaño de la empresa para relajar las obligaciones. Así, se excluye de esta prohibición de usar patrones oscuros a los datos generados mediante el uso de productos o servicios fabricados, diseñados o prestados por una microempresa o pequeña empresa o por una mediana empresa reciente (que tenga esa condición hace menos de un año) o respecto de productos recientes (año siguiente a que el producto haya sido introducido en el mercado por una mediana empresa) (art. 7.1 Reglamento de Datos).

Un ejemplo en el que sería de aplicación esta prohibición recogida en el artículo 6 Reglamento de Datos sería el de datos que se ceden a una compañía de seguros sobre, por ejemplo, la conducción de un coche o el uso de un reloj inteligente o de una aplicación de hacer ejercicio, para que la compañía calcule las cuotas del seguro de coche o del seguro de vida o salud (teniendo en cuenta si conduce más o menos rápido, si hace más o menos ejercicio, cuántas horas duerme, etc.). En este supuesto, el usuario sería el sujeto que usa el coche o reloj inteligente, el titular de los datos sería el fabricante/proveedor del producto o servicio y el destinatario de los datos o tercero sería la compañía de seguros. En este contexto, tiene sentido que sea el usuario el que pida que se cedan los datos generados a un tercero y que este tercero –la compañía de seguros– tenga la obligación de ser transparente a la hora de informar y pedir el consentimiento –cuando sea necesario– para el tratamiento de los datos, porque podría estar tentado de recurrir a patrones oscuros en su interfaz que hagan que el usuario dé su consentimiento para autorizar el tratamiento de más datos de los que realmente querría o que le dejen clara la/s finalidad/es del tratamiento.

• MECANISMOS DE TUTELA

Las consecuencias de que el tercero haya recurrido a patrones oscuros incluyen, entre otros, su obligación de compensar a quien haya sufrido la utilización indebida o divulgación de esos datos (art. 11.2 y 3 Reglamento de Datos). La norma prevé expresamente que el usuario que haya visto limitados sus derechos pueda –sin perjuicio de, lógicamente, interponer una acción judicial ante el tribunal competente del Estado miembro que corresponda– presentar una reclamación ante la autoridad competente (a designar por los Estados miembros, art. 37) o acordar voluntariamente con el titular de datos resolver la controversia a través de un «órgano de resolución de litigios» de entre los certificados a tal fin por los Estados miembros (art. 5, apartados 3 y 9, y art. 10 Reglamento de Datos).

De esta manera, parece que se articula un mecanismo de resolución alternativa de conflictos especializado en esta materia, sobre unas sucintas coordenadas que proporciona el artículo 10 acerca de los requisitos de los órganos de resolución de litigios para poder ser certificados como tales y acerca del procedimiento en sí mismo (inicio del procedimiento, principio de contradicción y pruebas, plazos para resolver –breves, pues se habla de 90 días desde la recepción de la solicitud–, decisión vinculante solo previo acuerdo de las partes). A diferencia del arbitraje de consumo, cuyo laudo impide –salvo excepciones– acudir a la vía judicial para resolver el mismo conflicto, nos da la sensación de que el apartado 13 del art. 10 Reglamento de Datos reconoce esta posibilidad pues establece que la existencia de este mecanismo de resolución «no afectará al derecho de las partes a interponer un recurso efectivo ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros». Esta apreciación bien podía ser interpretada en el sentido de que el conflicto puede, inicialmente, resolverse por una vía o por otra (esto es, que fueran caminos excluyentes); pero el hecho de que aluda a interponer un *recurso*, nos hace pensar que se refiere a un recurso a la decisión del órgano de resolución de litigios.

Desde otra óptica de control por parte de las autoridades competentes nacionales, los incumplimientos, como en el resto de las normas, estarán sujetos a multas económicas (art. 37.5.d)).

Es de notar que, en todo caso, a los datos cuyo tratamiento se autorice en este contexto y que sean personales les seguirán siendo de aplicación las normas del RGPD y de la LOPD pues el artículo 1.5 Reglamento de Datos señala explícitamente que esta regulación se entenderá «sin perjuicio del Derecho de la Unión ni del Derecho nacional en materia de protección de datos [...]» y que, de hecho, en caso de conflicto, prevalecerá la normativa europea y la nacional en materia de protección de datos personales.

5.8 Reglamento de Inteligencia Artificial

Se ha puesto de relieve que hoy en día el peligro de los patrones oscuros no reside solo en técnicas como muchas de las expuestas *–pop-up*, casillas premarcadas– sino también, y con un potencial gran impacto, en interfaces dinámicas y personalizadas, controladas por algoritmos de aprendizaje perfeccionados con la recopilación continua de datos¹⁵⁸.

En este sentido, otra iniciativa legislativa a punto de ser formalmente adoptada por el legislador europeo y que hace referencia a los patrones oscuros es el Reglamento de Inteligencia Artificial. Tras el acuerdo adoptado en diciembre de 2023¹⁵⁹, en marzo de 2024 se ha aprobado un texto que, a falta de correcciones lingüísticas y erratas, se prevé que será aprobado definitivamente y publicado en el Diario Oficial en los próximos meses. A falta de la versión definitiva publicada, trabajaremos de manera comparativa principalmente con la versión inicial de la Propuesta, de fecha abril de 2021¹⁶⁰ (la Propuesta, a partir de ahora en este epígrafe), y con esta última Resolución publicada hasta este momento en la tramitación, de fecha 13 de marzo de 2024¹⁶¹ (el Reglamento, a partir de ahora en este epígrafe).

La Propuesta inicial de Reglamento de IA incluye una mención a técnicas que encajarían en la definición de patrones oscuros, pero limitado al ámbito de sistemas de Inteligencia Artificial. Así, una de las prácticas de inteligencia artificial prohibidas por el artículo 5.1.a) y b) de esa Propuesta inicial es la «introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización» de un sistema de IA que «se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona» o que «aproveche alguna de las vulnerabilidades de un grupo específico de personas debido a su edad o discapacidad física o mental», «para alterar de manera sustancial su comportamiento de un modo que provoque o sea probable que provoque perjuicios físicos o psicológicos a esa persona o a otra». Por su parte, el Reglamento mantiene la referencia a los patrones oscuros, pero introduce cambios notables en el artículo 5.1 a) y b), de tal manera

¹⁵⁸ MACKINNON, E.; KING, J., *TPP*. Ver, asimismo, epígrafe III.2.

¹⁵⁹ Comunicado de prensa del Consejo de la Unión Europea de fecha 9 de diciembre de 2023. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>

¹⁶⁰ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Propuesta de 21 de abril de 2021. COM(2021) 206 final. 2021/0106(COD). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>

¹⁶¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadoras en materia de inteligencia artificial. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf

que merece la pena que recojamos literalmente el artículo para proceder después a un análisis comparativo de la evolución:

Artículo 5.1. «Quedan prohibidas las siguientes prácticas de IA:

(a) La introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de un sistema de IA que se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona o de técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona o un grupo de personas, mermando de manera apreciable su capacidad para tomar una decisión informada y haciendo que una persona tome una decisión que de otro modo no habría tomado, de un modo que provoque, o sea probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona, a otra persona o a un grupo de personas.

(b) La introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de un sistema de IA que explote alguna de las vulnerabilidades de una persona o un grupo específico de personas derivadas de su edad o discapacidad, o de una situación social o económica específica, con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de dicha persona o de una persona que pertenezca a dicho grupo de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona o a otra.»

Varias son las cuestiones a resaltar. En primer lugar, la aproximación que hace la norma a los patrones oscuros en ambos textos es general, mediante una definición que recuerda a la utilizada por la doctrina o por otras normas, sin ejemplificar supuestos concretos. Dentro de esto, es la definición contenida en el Reglamento la que más se acerca a otros textos, pues, aun con distinta redacción, incluye como novedad respecto de la redacción de la Propuesta, las ideas de «manipulación» y «engaño» así como la afectación a la «capacidad» de una persona para «tomar una decisión», elementos presentes también, por ejemplo, en el RSD.

En segundo lugar, a diferencia de otras normas, la Propuesta parecía exigir la intencionalidad de afectar el comportamiento de una persona de un modo que pueda causar daños. Así, en ambos casos –letras a) y b)– se indica que la puesta en el mercado o el uso del sistema de IA prohibido se debe hacer «para» alterar el comportamiento («*in order to*», en la versión en inglés). Esta intencionalidad no se observa en otras definiciones de patrones oscuros, que simplemente se refieren a que el efecto sea el de distorsionar o manipular, sin que tenga que haber habido una intencionalidad en este sentido (así se desprende de la literalidad, por ejemplo, del art. 25.1 RSD o del art. 6.2 Reglamento de Datos). Este hecho es corregido en el reciente texto del Reglamento, pues una de las alteraciones consiste en hacer referencia a que la técnica de IA se haya

incluido *with the objective, or the effect of, materially distorting [...]* (el resaltado es nuestro)¹⁶². Nos parece más acertada esta última redacción que implica no exigir la intencionalidad de engañar, manipular o distorsionar al usuario. Por un lado, porque de esta manera no se separa de la definición general de patrones oscuros que se ha venido recogiendo en otras normas europeas. Por otro lado, porque consideramos que lo importante es que se haya generado un daño a través de una práctica de este tipo, con independencia de si se quería generar o no. El umbral para poder aplicar esta prohibición se elevaría, teniendo en cuenta la dificultad que entrañaría –mucho más para un consumidor– probar dicha intencionalidad. Además, la interfaz a través de la cual ejerce su actividad el comerciante y con la que se comunica con el usuario entra dentro del ámbito de control del primero y, por tanto, es el empresario quien debería responder por los diseños que menoscaben o afecten negativamente al comportamiento del consumidor, aunque fuese con un comportamiento culpable o negligente, sin exigir intención.

En tercer lugar, también resulta una novedad respecto de las otras regulaciones del fenómeno de los patrones oscuros el hecho de que la Propuesta inicial específicamente limite su ámbito a los daños físicos o psíquicos individuales. Esta limitación ha sido criticada por algunos autores¹⁶³, crítica a la que nos sumamos. No se acaba de entender el porqué de esta restricción cuando, por un lado, los daños que pueden generarse como consecuencia del uso de técnicas de manipulación basadas en IA pueden conllevar no solo daños individuales sino también «colectivos» y, por otro, cuando incluso estos daños individuales no tienen por qué ser solo físicos o psíquicos. Por otro lado, la prueba de un daño físico o psíquico individual puede resultar difícil, salvo que sea de una entidad considerable¹⁶⁴. De ahí que sea de aplaudir que, en el texto del Reglamento de marzo de 2024, por primera vez en la tramitación, se haya

¹⁶² Realmente ya figuraba esta redacción en la versión del Documento del Consejo de la Unión Europea, de fecha 6 de diciembre de 2022, 15698/22, 2021/0106 (COD), documento publicado durante el *iter* legislativo y que recogía las modificaciones planteadas por parte del Consejo sobre la propuesta inicial. Sorprendentemente, en la versión en español del mismo documento, se cambia la terminología de la expresión, pero no el sentido de la misma, pues se traduce como «con el objetivo de alterar» (sin referencia los efectos). En la actualidad, la traducción en español del texto de la resolución de marzo de 2024 ya se ha corregido y recoge el matiz diferenciador de la versión inglesa.

¹⁶³ VEALE, M.; ZUIDERVEEN, F., *CLRI*, p. 99; SMUHA, N.; AHMED-RENGERS, E.; HARKENS, A.; LI, W.; MACLAREN, J.; PISELLI, R.; YEUNG, K., 2021, pp. 21, 56.

¹⁶⁴ En este punto también se ha producido una ligera modificación en la literalidad del artículo 5.1, letras a) y b), entre el texto inicial de la Comisión y el que ha salido del Consejo: si bien en la versión de la Propuesta inicial se señalaba que la práctica tenía que afectar al comportamiento del sujeto de un modo que «provoque o sea probable que provoque perjuicios físicos o psicológicos». En la última versión conocida, se introduce un matiz que suaviza o acota la causalidad al requerir que «provoque o sea *razonablemente* probable que provoque perjuicios físicos o psicológicos».

eliminado esta doble limitación y se hable, por un lado, de daños a una persona o a un grupo de personas y, por otro, simplemente de daños considerables, sin otro adjetivo añadido. Es de notar, en todo caso, que se exige que los daños tengan una mínima entidad. Posiblemente se haya incluido este matiz en la idea de dejar fuera de la prohibición técnicas de diseño que, si bien pueden tener una cierta influencia en la conducta de un sujeto, no son determinantes y se ubican en una zona gris de técnicas que podrían confundirse con meras estrategias de marketing. El problema es cómo medir cuándo unos daños son considerables, tanto desde el punto de vista de daños económicos como desde el punto de vista de daños psíquicos o físicos. Y, por otro lado, que este requisito distancia el concepto de patrón oscuro respecto del de otras normativas, que no limitan explícitamente en este sentido.

Por último, también es una novedad relativa que expresamente se tenga en cuenta a los patrones oscuros en relación con grupos que podrían ser vulnerables, pues es algo que no ocurre –al menos no tan abiertamente en el propio texto de la norma– en otros casos.

Como veremos, la Directiva 2005/29/EC sobre prácticas comerciales abusivas toma como parámetro para valorar las conductas el consumidor medio (art. 5.2) aunque reconoce la vulnerabilidad de ciertos consumidores bajo los criterios de edad, credulidad o enfermedad mental o física (art. 5.3) (en el mismo sentido, por transposición, art. 4, apartados 2 y 3 de la LCD). Por su parte, el TRLGDCU contempla el concepto de «persona consumidora vulnerable», que tiene que tenerse en cuenta en la valoración del cumplimiento de los mecanismos de protección de los consumidores (ej. información precontractual, transparencia).

Volveremos sobre esta cuestión en el epígrafe III.9, pero dejamos aquí anotado, siquiera brevemente, que el artículo 5.1 letra b) de la Propuesta inicial contempla, dentro de las prácticas prohibidas, el supuesto de que un patrón oscuro basado en IA aproveche las vulnerabilidades de un grupo específico de personas «debido a su edad o discapacidad física o mental», redacción que se ha modificado a «edad, discapacidad o una situación social o económica específica» en la versión final del Reglamento de marzo de 2024.

- MECANISMOS DE TUTELA

Tanto la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial (art. 59) como el texto del Reglamento de marzo de 2024 (art. 70) prevén, al estilo del RGPD y el RSD, la designación por parte de cada Estado miembro de autoridades competentes que garanticen la aplicación y ejecución del Reglamento,

determinando a una de ellas como autoridad de supervisión. Estas entidades podrán imponer sanciones, incluidas multas administrativas, ante infracciones de las prohibiciones y obligaciones de la norma.

Sin embargo, una de las debilidades que se le ha achacado a la Propuesta de Reglamento de IA en lo relativo a la ejecución de las prohibiciones y medidas en ella dispuestas es la falta de mecanismos de tutela individuales para los sujetos finales que se ven afectados por el uso de técnicas prohibidas o de riesgo basadas en la IA¹⁶⁵. A diferencia del RGPD, en la Propuesta de Reglamento de IA no se articula ningún procedimiento especial para que los usuarios –sea individualmente, sea a través de entidades representativas– interpongan una reclamación ante la autoridad de supervisión para iniciar un procedimiento sancionador o para que se tutelen sus derechos. Se entiende que el sujeto afectado por una práctica del artículo 5.1, letras a) y b), podrá acudir a la justicia nacional para reclamar una compensación por los daños sufridos, aunque aquí no se especifique esta acción resarcitoria, como sí se hace en el RSD¹⁶⁶. De esto parece haber tomado nota el último texto del Reglamento, pues el artículo 85, párrafo primero, recoge expresamente el derecho de cualquier persona física o jurídica que tenga razones para considerar que se ha cometido una infracción del Reglamento a interponer una reclamación ante la autoridad de supervisión (sin perjuicio, señala, de otras acciones judiciales o administrativas). Eso sí, no se recogen consecuencias concretas para estas reclamaciones, pues simplemente se señala que se tramitarán conforme a procedimientos específicos a desarrollar y que se tendrán en cuenta en la vigilancia del mercado por parte de las autoridades (art. 85, párrafo segundo, del Reglamento).

De todo lo que hasta aquí se ha dicho, se aprecia que la evolución de la regulación de los patrones oscuros en relación con la IA ha sido en el sentido de aumentar la protección. Por una parte, porque el umbral para que una técnica de diseño de una interfaz basada en IA caiga en el supuesto de hecho de la prohibición del artículo 5.1 se ha reducido considerablemente respecto de la Propuesta inicial (no exigencia de intencionalidad, no limitación a daños físicos o psicológicos y no necesariamente individuales) y los presupuestos se han acercado a la configuración de otras normas recientes. Por otro lado, porque se ha incluido un procedimiento de reclamación individual. Eso sí, no parece que se trate de un remedio para la reparación *ad hoc* de los sujetos afectados sino más bien un mecanismo por el que dar noticia de infracciones

¹⁶⁵ Critican esta situación VEALE, M.; ZUIDERVEEN, F., *CLRI*, p. 111; SMUHA, N.; AHMED-RENGERS, E.; HARKENS, A.; LI, W.; MACLAREN, J.; PISELLI, R.; YEUNG, K., 2021, pp. 44-46.

¹⁶⁶ En cualquier caso, tampoco es ejemplo el RSD porque, como vimos en su momento, al remitir al régimen legal nacional para la indemnización, no se añadía ninguna protección a la ya existente.

y comenzar una investigación. Esto ha llevado a cuestionar si la norma supone realmente un gran refuerzo a la protección de los usuarios respecto de otros mecanismos ya existentes¹⁶⁷. Efectivamente, no parece que, en la práctica, suponga una mayor tutela desde el punto de vista individual, sin perjuicio del efecto preventivo de unas mayores penalizaciones económicas por parte de las autoridades reguladoras como consecuencia de fuertes labores de vigilancia y control. En todo caso, al igual que en otros supuestos, el mero hecho de que se reconozca expresamente lo pernicioso de estas conductas – absolutamente prohibidas, dentro de la categoría de prácticas más restrictiva de la Propuesta– siempre tiene un cierto valor aclaratorio y de consolidación respecto de la existencia y efectos negativos de los patrones oscuros.

5.9 Sectores con especiales pronunciamientos europeos sobre patrones oscuros

Algunos sectores han recibido una especial atención por parte de las instituciones europeas desde el punto de la necesidad de controlar estas técnicas engañosas, dado lo sensible de la actividad o el contexto. En algún caso, con simples pronunciamientos generales no vinculantes, en otros, con una Directiva. Empezaremos por este último supuesto.

5.9.1 SERVICIOS FINANCIEROS A DISTANCIA: LA DIRECTIVA (UE) 2023/2673

La Directiva (UE) 2023/2673, de 22 de noviembre de 2023, ha venido a derogar la Directiva 2002/65/CE y a modificar la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a contratos de servicios financieros celebrados a distancia. Así, se incluye en la Directiva sobre derechos de los consumidores un nuevo Capítulo, Capítulo III bis, «Normas relativas a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia». En él, además de normas relativas a requisitos de información, al derecho de desistimiento o a la necesidad de explicaciones adecuadas, el art. 16 sexies, en línea con la actual preocupación del legislador europeo por los patrones oscuros y, suponemos, por la especial y sensible naturaleza de este tipo de contratos, incorpora a la norma la prohibición de estas prácticas, delimitándolos con una definición idéntica a la contenida en el RSD («los Estados miembros

¹⁶⁷ VEALE, M.; ZUIDERVEEN, F., *CLRI*, p. 99, respecto de la versión de la Propuesta inicial, consideran que añade poco a la Directiva de prácticas desleales.

garantizarán que los comerciantes, cuando celebren contratos de servicios financieros a distancia, no diseñen, organicen ni gestionen sus interfaces en línea [...] de manera que induzcan a error o manipulen a los consumidores destinatarios de sus servicios o de otro modo distorsionen o mermen de manera sustancial su capacidad de tomar decisiones libres e informadas»).

Que la definición general de estas prácticas sea la misma es, a nuestro juicio, acertado, para evitar distorsiones a la hora de delimitar o aproximarse a un mismo fenómeno, sin perjuicio de posibles particularidades. El Considerando 41 de la Directiva sobre servicios financieros a distancia aclara que, en cualquier caso, la relación con el Reglamento de Servicios Digitales es de complementariedad porque este último se dirige a los prestadores de servicios intermediarios que explotan plataformas en línea mientras que la Directiva 2023/2673 se dirige a los comerciantes que ofrezcan servicios financieros a distancia. Es cierto que, en la práctica, no coinciden ambos sujetos a los que se dirige la prohibición, pues, aunque en las plataformas en línea se incluyan servicios financieros (por ejemplo, financiación a plazos del precio o línea de crédito), estos son prestados por una entidad diferente.

Por ejemplo, Amazon ofrece la posibilidad de financiar la adquisición de ciertos productos que pone en el mercado –como vendedor y no solo como intermediario–, pero es Cofidis la entidad que realmente es el proveedor del servicio financiero de pago aplazado. Así las cosas, Amazon no podría incluir prácticas engañosas en su interfaz en virtud del artículo 25.1 RSD mientras que, a la página web o pantalla relativa a la contratación de la financiación a plazos, dependiente de la entidad financiera y a la que se redirige desde la de Amazon para enviar la solicitud de financiación y que esta sea gestionada, le será de aplicación la prohibición del artículo 16 *sexies* de la Directiva 2023/2673.

Cosa distinta es que en la interfaz de la plataforma, cuando se muestra la información principal que se ofrece, y, en particular, su precio, se incluya información sobre las opciones de financiación («Pago único», «Pago en 4 cuotas», «Pago en 4 con Cofidis», «*Credit Line* de Cofidis»), con un pequeño resumen de las condiciones básicas (número de cuotas/tiempo, TAE, límite de importe, etc.), que se puede ampliar pinchando en «Saber más», tras lo que se despliega una ventana lateral con un resumen del producto financiero con el logo de la entidad financiera (aunque el usuario está todavía en la web de la plataforma). Esta información «intermedia» –en el sentido de que se aloja en la interfaz de la plataforma, pero se refiere a las opciones de financiación–, ¿a qué norma se vería sujeta? Se podría entender que al RSD porque en su interfaz es donde está alojada –y, por tanto, de quien depende– y porque no recoge el proceso de financiación en sí mismo sino una mínima información previa, que después debe repetirse y ampliarse cuando ya se inicie, desde cero, el proceso de contratación del servicio financiero –aunque vinculado, diferente del primero–. En todo caso, esto solo sería realmente relevante en la hipótesis de que la prohibición

del uso de patrones oscuros en la transposición de la Directiva sobre contratos de servicios financieros a distancia por parte de un Estado miembro divergiera del régimen del RSD¹⁶⁸.

Si el servicio de financiación se ofrece al hilo de una transacción entre un consumidor y un comerciante que no entra dentro del ámbito del RSD (por ejemplo, un consumidor adquiere un producto electrónico en la web de El Corte Inglés y lo financia a través de la entidad Financiera El Corte Inglés), la interfaz de la operación financiera entrará igualmente dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de 22 de noviembre 2023, mientras que para el diseño del proceso de contratación de la entidad vendedora habrá que tener en cuenta los límites generales que aquí se han señalado en epígrafes anteriores –principalmente, en este ejemplo, Ley de Competencia Desleal y TRLGD-CU–. De hecho, estos mismos límites generales son los que serán de aplicación también a los proveedores de servicios financieros mientras que en España no se transponga la Directiva (UE) 2023/2673¹⁶⁹. Efectivamente, la actual Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinado a los consumidores, vigente como norma especial en este sector, no contempla –lógicamente, por la época en la que fue aprobada– ninguna previsión específica para prácticas engañosas. El artículo 7.2 recoge la obligación de proveer una información clara y comprensible, respetando los principios de buena fe en las transacciones comerciales y los derechos en materia de accesibilidad universal de las personas con discapacidad, pero no consideramos que en este caso esta norma aporte una mayor y más adaptada protección de la que podría derivarse del general TRLGDCU o la LCD.

Siguiendo con la regulación del nuevo artículo 16 *sexies*, tras una aproximación general a la figura de los patrones oscuros, y al igual que hace el artículo 25 RSD, identifica tres prácticas concretas, que coinciden literalmente con las recogidas en el apartado 2 del artículo 25 RSD: «dar mayor relevancia a determinadas opciones [...]»; «solicitar reiteradamente» que se elija una opción cuando ya se ha hecho, especialmente mediante «ventanas emergentes que interfieren» en la navegación; «hacer que el procedimiento para poner fin a un servicio sea más difícil que suscribirse a él». Sin embargo, nos llama la atención el motivo por el que se resaltan esas tres prácticas concretas. En el RSD se hace a modo de una lista *numerus apertus*, es decir, son tres prácticas

¹⁶⁸ Hecho que, como veremos después, sí sería posible legalmente hablando.

¹⁶⁹ Según el artículo 2.1 de la Directiva de 2023, «[l]os Estados miembros adoptarán y publicarán a más tardar el 19 de diciembre de 2025 las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones. Aplicarán dichas disposiciones a partir del 19 de junio de 2026».

especialmente relevantes a desarrollar por unas futuras directrices, pero entre otras posibles («en particular» es la expresión que introduce el listado). Sin embargo, en la Directiva 2023/2673 se señala que «los Estados miembros adoptarán medidas que [...] aborden *al menos una* de las siguientes prácticas de los comerciantes». No se comprende el sentido de que el legislador nacional no deba atajar las tres prácticas engañosas enumeradas (entre otras, además), siendo todas ellas relevantes en la práctica y, lo más importante, ilícitas y perjudiciales para el consumidor.

De hecho, el apartado 2 del artículo 16 *sexies* permite a los Estados miembros que adopten disposiciones más estrictas, en línea con la habilitación del artículo 3.9 Directiva 2005/29/EC para los servicios financieros¹⁷⁰, por considerar que este tipo de contratos presenta una cierta complejidad y grandes riesgos (ej. sobreendeudamiento) y de ahí que pudiera ser necesario implementar requisitos especiales para garantizar una interfaz neutra. A este respecto, puede tener sentido resaltar o positivizar alguna práctica en concreto que sea más habitual o que tenga efectos especialmente perniciosos en el proceso de contratación de este tipo de servicios, pero seguimos manteniendo que es mejor que la definición general, esto es, los rasgos básicos del concepto de patrones oscuros, sea compartida con la de otras normas para evitar problemas derivados de la fragmentación. Y, es más, compartida por todos los Estados miembros para que no haya diferencias de criterio en un fenómeno que es global¹⁷¹.

5.9.2 REDES SOCIALES

A diferencia del caso anterior, en este ámbito no existe una norma vinculante, como una Directiva o un Reglamento, pero sí una guía de recomendaciones y buenas prácticas publicada por la *European Data Protection Board*: «Directrices 03/2022 sobre *dark patterns* en interfaces de redes sociales: Cómo reconocerlos y evitarlos», a la que se ha hecho ampliamente referencia en el apartado relativo a la protección de los datos personales, al que nos remitimos (apartado III.5.2). Aunque las recomendaciones se pueden extrapolar a otros muchos otros escenarios, las Directrices se han centrado en las redes sociales

¹⁷⁰ Artículo 3.9 Directiva 2005/29/EC: «Por lo que respecta a los “servicios financieros” definidos en la Directiva 2002/65/CE y a los bienes inmuebles, los Estados miembros podrán imponer requisitos más exigentes o más restrictivos que los previstos en la presente Directiva en el ámbito objeto de la aproximación que ésta realiza».

¹⁷¹ De hecho, precisamente por eso, la evolución en el perfil de las directivas en materia de consumidores ha sido de directivas de mínimos a directivas de plena armonización, como son la mayoría en la actualidad.

por la presencia e influencia que tienen en el día a día de los ciudadanos¹⁷² y en ellas se abarcan prácticas engañosas desde el momento en el que un usuario se registra en una red social (por ejemplo, insistir en pedir el número de teléfono a través de varias *pop-ups* a pesar de que el usuario ha cumplido ya con el requisito de reforzar la seguridad dando su correo electrónico¹⁷³) hasta el momento en el que cancela la cuenta (por ejemplo, expresiones de pena o amenaza que buscan que el usuario reconsidere su decisión, como «[P]erderás todo para siempre», «[T]us amigos se olvidarán de ti»; o diseño de un proceso largo y complicado para borrar la cuenta¹⁷⁴), pasando por el uso normal de una cuenta (por ejemplo, información sobre privacidad diseminada en distintas secciones; descripción de finalidades de manera general y ambigua, rutas de enlaces que acaban en un punto muerto sin indicar al usuario dónde puede buscar la información¹⁷⁵).

5.9.3 VIDEOJUEGOS

A pesar de no contar tampoco con una norma vinculante *ad hoc* en este sector, sí existe una Resolución del Parlamento Europeo de fecha 18 de enero de 2023, sobre la protección de los consumidores en los videojuegos en línea¹⁷⁶. En ella se llama la atención en reiteradas ocasiones acerca de la introducción de patrones oscuros en el diseño de las interfaces de los videojuegos. Y se hace porque los videojuegos son una de las formas más populares de entretenimiento (Considerando H) y cada vez son más frecuentes las conocidas como «cajas de recompensa», que se pueden obtener a través del juego o, de forma opcional, mediante el pago de dinero real (Considerando K) y cuyo contenido es aleatorio y no conocido de manera previa al pago por el jugador. En este contexto, se pide a las autoridades nacionales que apliquen efectivamente la legislación europea en materia de protección de consumidores y que la Comisión «siga evaluando estas cuestiones [...] como parte del control de adecuación en curso de la legislación de la Unión en materia de protección de los consumidores sobre equidad digital», especialmente porque una buena parte de los usuarios de los videojuegos serán menores y niños de corta edad.

¹⁷² EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2023, p. 11.

¹⁷³ Ejemplo de sobrecarga mediante interrupciones continuas, EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2023, pp. 17-18.

¹⁷⁴ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2023, pp. 60 y 62, respectivamente.

¹⁷⁵ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, 2023, pp. 28 y 31, respectivamente.

¹⁷⁶ Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0008_ES.html.

Muchos de los patrones oscuros que se introducen en el diseño de los videojuegos están relacionados con *incentivar al jugador a que continúe jugando*. Por ejemplo, a través de mecanismos como las recompensas variables (las recompensas impredecibles o aleatorias son más adictivas que las predecibles porque mantienen a los jugadores jugando por si reciben la recompensa), la ilusión de control (el videojuego engaña u oculta información para que el jugador crea que lo está haciendo mejor de lo que realmente hace y no se desanime) o las recompensas diarias (incentiva que el jugador se conecte todos los días).

También se encaminan a realizar pagos, bien impulsivos (a través de la ya mencionada anteriormente escasez artificial, creando una urgencia que es innecesaria; a través de un muro de pago, que no deja al jugador seguir jugando salvo que pague; ofreciendo pagos para progresar en el videojuego –evitando un temporizador paralizante o comprando vidas–), bien inconscientes¹⁷⁷ (compras accidentales sin confirmación o sin posibilidad de deshacer la acción)¹⁷⁸. A este respecto, la forma en la que se diseña la configuración y el ofrecimiento de las cajas de recompensa, cajas de botín o *loot boxes*¹⁷⁹, mecanismo de monetización muy frecuente en los videojuegos en línea, puede incitar a una compra no deseada o descontrolada, preocupación especial de las autoridades en los últimos tiempos, como se refleja en la Resolución del Parlamento Europeo que aquí se trae.

En Estados Unidos, la *Federal Trade Commission* ha ordenado a *Epic Games* (creador del videojuego *Fortnite*) a pagar 235 millones de dólares a usuarios del juego por haber usado patrones oscuros en la interfaz del juego que les habían encaminado a realizar compras involuntarias y, por otra parte, permitían a los niños acumular cargos por estas compras no consentidas y no supervisadas por los padres. Las prácticas engañosas utilizadas incluían, entre otras, completar transacciones de compra con tan solo pulsar la pantalla para reiniciar el juego tras estar en modo suspensión, mientras el juego estaba en una pantalla de carga o simplemente cuando daban a un botón para, en principio, previsualizar un objeto¹⁸⁰.

La resolución de la *Federal Trade Commission* no solo impone el reembolso a los consumidores, sino que también obliga a la entidad a eliminar esos patro-

¹⁷⁷ Aunque lo impulsivo también implica un cierto grado de inconsciencia.

¹⁷⁸ Aunque con una clasificación diferente de la que aquí hemos construido, estos ejemplos aparecen, entre otros, en el enlace <https://derechoaljuego.digital/patronesoscuros/>.

¹⁷⁹ Las *loot boxes* son elementos que se consumen en un videojuego a cambio de una contraprestación y que contienen objetos aleatorios que sirven al jugador para usarlos en el juego (por ejemplo, herramientas o habilidades para los personajes que utiliza el jugador), siendo desconocido este contenido para el jugador antes de abrir la caja, tal y como las define SALDARRIAGA, J. I., 2023, p. 460. Podríamos matizar que la aleatoriedad es relativa porque viene determinada por un algoritmo controlado por quien ha desarrollado el juego.

¹⁸⁰ FEDERAL TRADE COMMISSION, 2022.

nes engañosos que llevan a cobrar a los consumidores sin obtener su consentimiento afirmativo¹⁸¹.

Por otro lado, los patrones de diseño que ocultan información y provocan un *defecto de transparencia* también son habituales, empezando por las propias compras (de *loot boxes* u otros productos en la tienda virtual del videojuego) que se pueden conseguir, bien a través de pagos con moneda del juego que se ha adquirido (y cuyo tipo de cambio con la moneda real no aparece claramente señalado), bien a través de la autorización para el tratamiento de datos personales (respecto de la que no se da la información acorde con su naturaleza de contraprestación contractual y sin que se haya recabado el correspondiente consentimiento informado, específico, inequívoco y libre). En este último sentido, los videojuegos tienen un acceso intenso a datos personales de los jugadores: datos que proporciona el propio jugador (desde los datos de contacto –nombre, apellidos, correo electrónico, dirección física si se realizan adquisiciones, número de teléfono–, hasta características personales –edad, género, nacionalidad–, pasando por datos de facturación y económicos –tarjeta, historial de pedidos–) o datos que se deducen de la monitorización del jugador (registros de actividad, horario y duración de las partidas, registros de chats, datos del dispositivo desde donde se juega, preferencias del jugador para elaborar su perfil, entre otros)¹⁸².

Pues bien, la legislación vigente a la que hace referencia la Resolución del Parlamento Europeo y que supondría un límite para los patrones oscuros *también* en los videojuegos es, en la práctica y de momento, la recogida en los apartados anteriores: les serán de aplicación, principalmente, la LCD, el TRLGDU, las disposiciones sobre AI –en su caso, cuando se apruebe– así como el RGPD¹⁸³. Y lo harán en la medida en que antes hemos señalado. Es decir, si la técnica de diseño está relacionada con datos personales (ej. una casilla premarcada con el consentimiento a la política de privacidad en el mo-

¹⁸¹ Resolución disponible en FEDERAL TRADE COMMISSION, 2023.

¹⁸² LÓPEZ RINCÓN, D., 2020, pp. 4-5.

¹⁸³ En junio de 2022 se publicó el Anteproyecto de Ley por el que se regulan los mecanismos aleatorios de recompensa asociados a productos de software interactivo de ocio (las *loot boxes* que señalábamos con anterioridad) (texto disponible en: <chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.consumo.gob.es/sites/consumo.gob.es/files/BORRADOR%20APL%20Y%20MAIN%20MECANISMOS%20ALEATORIOS%20RECOMPENSA%20010722.pdf>). Este Anteproyecto, que no siguió adelante en su tramitación y tampoco hacía referencia expresa a los patrones oscuros, contemplaba algunas medidas relativamente relacionadas con el tema objeto del presente trabajo, como la obligación de que el producto de software interactivo debía contar en su diseño con un sistema que permitiera la consulta por parte del usuario de información clara y comprensible acerca de las condiciones de participar en estos mecanismos de recompensa, de la probabilidad de obtener los distintos objetos virtuales o del importe, en euros, para cada acceso o activación de un mecanismo aleatorio de recompensa (art. 8).

mento de registrarse en el videojuego), aplicará el RGPD y la LOPDP. Si detrás del diseño hay un mecanismo de IA (y se han producidos daños significativos para el jugador), podría recurrirse a la norma especial (y, si se afectan datos personales, también a la normativa especial en la materia, aun estando involucrada la IA). Si es un problema de ocultar información (ej. no se informa claramente de cuánto cuesta en dinero real la moneda del juego para comprar *loot boxes*; se diseña de tal modo la prestación del consentimiento que este no se llega a prestar de modo expreso sino tácito), se podría ir por la vía del TRLGDCU. Y, en general, se puede acudir a la LCD, a través de esa genérica prohibición de prácticas desleales que distorsionen el comportamiento del consumidor (con las limitaciones que se expusieron en su momento).

6. INTERACCIÓN ENTRE NORMAS

A la vista del panorama normativo, podemos afirmar que el legislador europeo es claramente consciente de la importancia de regular y poner límites a las prácticas frecuentes y perniciosas en el ámbito digital que son los patrones oscuros. Pero esto podría llevar a la situación contraria: una potencial proliferación de normas diferentes abordando los patrones oscuros –con diferentes ámbitos de aplicación y enfoques–, que podría generar algunos problemas de coordinación¹⁸⁴. ¿Existe alguna fisura en este sentido entre las normas ya vigentes y entre ellas y las que puedan aprobarse próximamente? Procederemos a analizar a continuación algunos de los supuestos seleccionados.

6.1 RGPD, LOPD y Reglamento de Datos

Como vimos en el apartado relativo al Reglamento de Datos, esta norma «se entenderá sin perjuicio del Derecho de la Unión o el Derecho nacional en materia de protección de datos personales». En este caso la relación entre ambas normas viene delimitada claramente por el propio Reglamento de Datos ya que su artículo 1.5, además de lo anterior, establece que, en caso de conflicto con la normativa de protección de datos personales, prevalecerá esta última.

¹⁸⁴ GRAEF, I., *TILEC*, pp. 17 a 21, sostiene que puede no suponer una protección más efectiva el hecho de que se produzca un aumento de la normativa proveniente de la Unión Europea regulando los patrones oscuros, puesto que los distintos ámbitos de aplicación, denominaciones y requisitos pueden dar lugar a inconsistencias y fragmentación.

Esto implica que, en materia de patrones oscuros, el Reglamento de Datos será aplicable, por un lado y en su caso, a aquellas prácticas en las interfaces de terceros que pudieran afectar a datos no personales. Por otro lado, respecto de técnicas que afecten a datos personales, la aportación que realiza la norma de 2023 en la protección frente a los patrones oscuros sería la de explicitar la existencia y prohibición de estos métodos por los que se puede vulnerar la protección a los datos personales en el ámbito digital –que no aparecen como tal recogidos en el RGPD ni en la LOPD– y, especialmente, cubrir cualquier supuesto de una técnica que pudiera ser calificada como patrón oscuro (porque, según dispone el art. 6 Reglamento de Datos, dificultara el ejercicio de los derechos del usuario, le ofreciera opciones de manera no neutra, coaccionara, engañara o manipulara, o neutralizara o mermara la autonomía o toma de decisiones del usuario), pero fuera, sin embargo, un supuesto no cubierto por el RGPD ni la LOPD. En este sentido, aclaramos que no nos parece que el hecho de que ese potencial patrón oscuro no estuviera contemplado por el RGPD o la LOPD impida que se canalice a través del artículo 6 Reglamento de Datos, no resultando realmente un supuesto de conflicto entre ambas normas sino, simplemente, una aplicación complementaria. En cualquier caso, se nos antoja difícil un caso así, teniendo en cuenta la gran cobertura que ofrece el RGPD.

6.2 Normativa de protección de datos personales y Reglamento de Inteligencia Artificial

Algo parecido podríamos concluir respecto de la normativa de protección de datos personales y el texto de Reglamento de Inteligencia Artificial disponible en la actualidad. El artículo 2.7 del texto del Reglamento de marzo de 2024 delimita el ámbito de aplicación de la norma y deja claro que ambas normas –RGPD y Reglamento de IA– son complementarias. Así, este precepto señala que las normas de la Unión Europea en materia de protección de datos personales «se aplican» a los datos personales que son tratados en relación con los derechos y obligaciones establecidos en el Reglamento de IA y que, por tanto, el Reglamento de IA «no afectará», entre otros, al RGPD. Así conceptualizada, la relación entre ambas normas es de complementariedad, no de exclusividad, de tal forma que ante una vulneración en el tratamiento de datos personales en ámbito de un sistema de IA las dos normas serían aplicables.

Si un sujeto sufre daños como consecuencia de un tratamiento ilícito de datos por efecto de un patrón oscuro tras el que está un sistema de inteligencia

artificial, podría reclamar dichos daños ante la autoridad judicial nacional por la vía del RGPD (art. 82 RGPD) y, teóricamente, también acudiendo al Reglamento de IA (aunque no se articula una acción específica como en el RGPD ni una alusión genérica remitiendo al Derecho nacional como en el RSD, el art. 85 del texto del Reglamento de marzo de 2024 comienza «sin perjuicio de otras acciones administrativas o judiciales»). Hay que tener en cuenta, eso sí, que en materia de IA se requiere que los daños sean considerables para que la práctica sea ilícita. Por otro lado, a diferencia de la normativa de protección de datos, que sí contempla una reclamación administrativa ante la AEPD para la tutela de sus derechos (ej. que se eliminen datos personales a los que se ha accedido ilícitamente mediante una técnica engañosa), el texto del Reglamento solo prevé una reclamación ante la autoridad de control, pero sin mayor definición respecto al resultado que se puede obtener y casi parece que pensando más en articular un canal de conocimiento de infracciones que de tutela individual ante dicha infracciones.

Por lo tanto, desde el punto de vista de los sujetos concretos, parece que la protección que puede añadir el Reglamento de IA –al igual que señalábamos respecto del Reglamento de Datos– se refiere a aquellos casos en los que un patrón oscuro no encaje en ninguno de los supuestos concretos sancionados por la normativa de protección de datos, pero sí en la definición general del Reglamento de IA, bien desde el punto de vista objetivo –por el tipo de técnica de diseño–, bien por que pueda entrar en juego alguna particularidad del sujeto afectado –en aplicación de los criterios de vulnerabilidad de la edad, discapacidad o situación social o económica específica, más amplios que, por ejemplo, la referencia a los menores en la normativa de protección de datos personales–¹⁸⁵.

Desde el punto de vista de control «desde el sistema» o desde una óptica colectiva o de mercado, el hecho de potenciar órganos especializados con facultades de vigilancia, control e imposición de cuantiosas sanciones sí que supondrá, lógicamente, un elemento más en la lucha contra los patrones oscuros por el efecto preventivo y por una mayor atención a la identificación de conductas prohibidas.

¹⁸⁵ Aunque los menores de 14 años, mayores con algún grado de discapacidad, discapacitados, personas que acceden a servicios sociales y víctimas de violencia de género son considerados como sujetos vulnerables o en riesgo de exclusión a los efectos de determinar si un tratamiento de datos personales entraña un alto riesgo y, por tanto, requiere una evaluación de impacto previa (AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía Listas de tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos* (art. 35.4), pp. 22 y 3).

6.3 Reglamento de Servicios Digitales y TRLGDCU

En virtud del artículo 2.4. letra f), el RSD prevé una relación de complementariedad con la normativa de protección de los consumidores («[E]l presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de [...], en particular los siguientes: [...] f) El Derecho de la Unión en materia de protección de consumidores y seguridad de los productos [...]»). Aunque, a diferencia de otras, no se refiere expresamente a Directivas como la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, o a la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, entendemos que estas –y, por tanto, en lo que aquí interesa, su transposición al Ordenamiento Jurídico español a través del TRLGDCU–, se engloban dentro de esa mención a la normativa de protección de los consumidores, por representar algunos de sus pilares básicos. No hay que olvidar que el TRLGDCU se aplica a las relaciones de consumo en general y, por tanto, también a la relación entre los prestadores de plataformas en línea y los consumidores destinatarios del servicio.

Por otro lado, y descendiendo ya a la regulación sobre patrones oscuros, el artículo 25 RSD, a diferencia de lo que hace con la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, no excluye del ámbito de aplicación de la prohibición de los patrones oscuros aquellas prácticas o técnicas que pudieran tener encaje a través de estas otras directivas sobre protección al consumidor. En definitiva, se concluye que RSD y TRLGDCU pueden ser de aplicación simultánea a un mismo patrón oscuro si este se subsume dentro de supuestos contemplados en ambas normas.

Y esto, de hecho, puede ocurrir. Uno de los ejemplos de prácticas contenidas en el artículo 25.3, «hacer que en el procedimiento para poner fin a un servicio sea más difícil que suscribirse a él» [letra c)], vulneraría también algún precepto del TRLGDCU. Como habíamos dejado anotado en el epígrafe referido a la norma de consumidores (III.5.3), al que nos remitimos, la intención que subyace esta prohibición está relacionada con la de los arts. 62.2 y 62.3 TRLGDCU. Pero este solapamiento se puede extender a otras técnicas, pues el art. 25.1 RSD tiene una vocación general y recoge una definición que abarcaría cualquier patrón oscuro en la interfaz de una plataforma en línea (en el sentido de práctica engañosa o manipuladora para los consumidores). Por lo tanto, casillas premarcadas por defecto para prestar el consentimiento o para aceptar clausulados no negociados, botones durante un proceso de contratación etiquetados con expresiones engañosas o diseños que impliquen en la práctica ocultar o pasar a un segundo plano información precontractual relevante, todos ellos en la interfaz de una plataforma en línea destinada a consumidores, caerían bajo el ámbito de aplicación de ambas normas.

¿Qué norma debería invocarse frente al patrón oscuro? En primer lugar, como hemos dejado apuntado y veremos con más detalle, el propio ámbito de aplicación del RSD parece presentar ciertas luces y sombras, lo que puede añadir incertidumbre al éxito de una reclamación sustentada en esta norma¹⁸⁶. Por otro lado, incluso entendiendo que fuera de aplicación el RSD, en su comparación con la norma de protección a los consumidores, podríamos decir que los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas están posiblemente más definidas en la letra del TRLGDCU, norma respecto de la que, además, existe en la actualidad una doctrina y jurisprudencia (nacional y comunitarias) que ayudan a perfilar las conductas y los efectos. Es decir, según la técnica de la que se trate, puede ser más incierto o arriesgado argumentar su encaje como un patrón oscuro dentro de la definición general que como alguno de los supuestos concretos prohibidos por el TRLGDCU. Por último, si se piensa en los remedios, más allá de las medidas correctivas generales, el único remedio individual que contempla el RSD –al menos en la actualidad, sin desarrollo a nivel nacional– es la posibilidad de que el destinatario de los servicios reclame una indemnización en el caso de haber sufrido daños. Pero no articula un procedimiento específico, sino que tendrá que cumplir los presupuestos que se exijan en la normativa nacional para esa reparación de daños y perjuicios, con lo que no supone un mecanismo de protección nuevo a añadir si esa misma conducta está sancionada ya por el TRLGDCU y ha generado daños.

6.4 Reglamento de Servicios Digitales y normativa de competencia desleal

El artículo 25 RSD aborda directamente el fenómeno de los patrones oscuros, recogiendo una definición general y haciendo un llamamiento a la Comisión para delimitar supuestos específicos de estas prácticas. Sin embargo, como se dejó apuntado en el apartado sobre el RSD, esta prohibición general se ve bastante limitada, en primer lugar, por la ubicación del artículo 25 (Sección 3) en la medida en que solo aplica a los prestadores de plataformas en línea y no, por tanto, a cualquier empresario respecto de la interfaz con la que se relaciona con sus destinatarios finales (consumidores). En segundo lugar, y en el que nos centraremos aquí, porque el apartado 2 del artículo 25 dispone que esta prohibición de patrones oscuros no se aplicará a «las prácticas contempladas en la Directiva 2005/29/CE o en el Reglamento (UE) 2016/679», esto es, en lo que a este epígrafe concierne, la Directiva sobre prácticas comerciales desleales.

¹⁸⁶ Ver siguiente epígrafe, III.6.4.

Sin embargo, no es inequívoca la forma de entender esta relación aparentemente excluyente entre una norma y otra. Una opción sería entender que la expresión «no se aplicará a las prácticas contempladas en la Directiva 2005/29/CE» del artículo 25.2 RSD se refiere a que no aplica a ninguna práctica comercial entre empresarios y consumidores. Otra, que hace alusión solo a las prácticas comerciales no cubiertas por la Directiva de prácticas desleales porque, aun siendo prácticas comerciales, no tuvieran esta consideración¹⁸⁷. Nos parece más razonable la segunda opción. Entender que el artículo 25 RSD no se puede aplicar a las prácticas comerciales entre profesionales y consumidores, en general, haría prácticamente inútil la prohibición de los patrones oscuros, pues, *a sensu contrario*, solo podría aplicarse a otro tipo de prácticas comerciales, por ejemplo, entre empresarios¹⁸⁸, o bien a prácticas que no sean comerciales. La segunda interpretación permitiría más juego para el RSD, pues posibilitaría una cierta relación de complementariedad: técnicas de diseño que no pudieran ser declaradas desleales por la normativa de competencia desleal podrían quedar amparadas, sin embargo, por la definición del artículo 25.1 RSD¹⁸⁹. Esto daría un mayor sentido a la existencia de esta norma y a la prohibición de patrones oscuros.

Si tomamos como ejemplo los tres supuestos de patrones oscuros enumerados en el artículo 25.3 RSD, estas prácticas podrían tener su correspondencia en la LCD. Así, dar preeminencia a determinadas opciones (letra a) podría, en casos pronunciados y si se oculta información, encajar en actos u omisiones engañosas, del mismo modo que el *nagging* (letra b) podría ser calificada como técnica ilícita por agresiva en casos pronunciados. Por su parte, las prácticas de *roach motel* (letra c) serían ilegales por agresivas si se refieren a ejercitar derechos legales o contractuales¹⁹⁰. En línea con lo señalado anteriormente, en estos casos quizás podría haber un espacio para técnicas que no alcanzaran la intensidad suficiente para poder ser consideradas como engañosas o agresivas, pero que sí encajaran en la cláusula general del artículo 25 RSD, estando prohibidas por ser patrones oscuros.

Se ha dicho, asimismo, que un elemento diferenciador entre el RSD y la normativa de competencia desleal que abriría otro espacio para la aplicación del RSD es el hecho de que la normativa de competencia desleal toma como

¹⁸⁷ SØRENSEN, M. J.; ROTT, P.; SEIN, K., 2023, pp. 9-10.

¹⁸⁸ No sería imposible porque el artículo 25 no limita a los consumidores como los afectados por los patrones oscuros, sino que hace referencia a los «destinatarios del servicio» que, según la definición contenida en el artículo 3.b) RSD, será «toda persona física o jurídica que utilice un servicio intermedio, en particular para buscar información o para hacerla accesible». Es decir, no limita el ámbito a los consumidores.

¹⁸⁹ Además, según la delimitación literal del artículo 3.1 de la Directiva de prácticas desleales, el ámbito de aplicación de aplicación de la norma es «las prácticas comerciales desleales entre empresarios y consumidores».

¹⁹⁰ EGBERTS, A., 2022.

referencia el «consumidor medio», al que no menciona el RSD¹⁹¹. Esto permitiría, abordar situaciones que no llegan a ilícito si se toma como parámetro el consumidor medio (art 4.2), pero que sí podrían engañar, manipular o distorsionar la capacidad de decidir de un sujeto vulnerable (sobre el usuario medio y vulnerable, ver epígrafe III.9).

De esta suerte, el artículo 25 RSD, al abordar directa y expresamente el fenómeno de los patrones oscuros, tendría un papel de cláusula de cierre, pues vendría a ser un mecanismo para expulsar aquellas prácticas que pudieran quedar sin control a través de la norma de defensa de la competencia, más limitada porque no contempla expresamente este fenómeno. Ahora bien, conviene reconocer la incertidumbre que deja esta composición. El hecho de que en una cierta parte de los casos no esté claro qué patrones oscuros están cubiertos por la normativa de competencia desleal –o qué intensidad tendrían que presentar algunos para ser relevantes para la LCD– comporta que, correlativamente, tampoco sepamos qué cubre el RSD, lo que supone un detrimento para la aplicación efectiva de ambas normas: el riesgo de no saber cómo canalizar o argumentar jurídicamente en cada caso puede desincentivar las acciones frente a estas prácticas, siendo el resultado contrario al perseguido. A este obstáculo se ha añadido la dificultad que supondría que las autoridades nacionales competentes en materia de competencia desleal (con transposiciones de la Directiva europea que pueden variar) tengan que pronunciarse primero respecto de si una técnica de diseño es o no desleal –y, por tanto, puede o no el RSD ser invocado–¹⁹². De ahí que estemos de acuerdo con los autores que han propuesto la eliminación del apartado 2 del artículo 25 RSD¹⁹³. Al menos no se socavaría el objetivo de controlar los patrones oscuros porque no se limitarían los mecanismos –es decir, ambas normas podrían ser alegadas, como ocurre en otros tantos supuestos aquí analizados–.

6.5 Reglamento de Servicios Digitales y Directiva de servicios financieros a distancia

La Directiva (UE) 2023/2673, de 22 de noviembre de 2023, viene a incluir en la Directiva 2011/83/UE una prohibición expresa de los patrones oscuros para este tipo de contratos a través del que sería el nuevo 16 *sexies*.

¹⁹¹ SØRENSEN, M. J.; ROTT, P.; SEIN, K., 2023, p. 10.

¹⁹² DI PORTO, F.; EGBERTS, A., *ELJ*, 2023, p. 134.

¹⁹³ SØRENSEN, M. J.; ROTT, P.; SEIN, K., 2023, p. 10; DI PORTO, F.; EGBERTS, A., *ELJ*, p. 139.

Como se señaló en el epígrafe correspondiente a la Directiva de servicios financieros a distancia, la norma señala que la relación entre esta norma y el RSD es de complementariedad pues se dirigen a sujetos diferentes –a las entidades que prestan lo servicios financieros, la primera; a las plataformas en línea, la segunda–.

7. COMPLEMENTARIEDAD DE PROHIBICIONES ESPECÍFICAS Y CLÁUSULAS GENERALES

El análisis de los diferentes límites jurídicos de los patrones oscuros pone de manifiesto que existen prácticas claramente prohibidas por una norma específica, pero que muchas otras permanecen en una zona gris (en función de su intensidad), debiendo ser subsumidas en cláusulas generales según la interpretación de la norma y las circunstancias del caso concreto.

Es manifiesta la seguridad jurídica que aportan los supuestos de hecho en los que claramente se delimita una práctica prohibida pues resulta más predecible el resultado de incluirla y, por tanto, aumenta su valor de protección preventivo y *a posteriori*. Sin embargo, la existencia de normas abiertas no tiene que ser algo negativo *per se*, pues estas son necesarias para dar la flexibilidad requerida para abordar nuevas situaciones, especialmente en el volátil entorno digital. A tal efecto, es un hecho notorio que a día de hoy no existe una única clasificación doctrinal de patrones oscuros y que –aunque normalmente coincidiendo en un núcleo relativamente común–, existen prácticas que se incluyen en unas y no en otras, dependiendo de la perspectiva o amplitud con la que se aborde el concepto de «patrón oscuro». Para apoyar todavía más la afirmación de la necesidad de que existan cláusulas generales que permitan actuar como una red para poner coto a prácticas de diseño perjudiciales para el usuario, debemos resaltar que, además, no solo el tipo de técnicas de diseño que se utilizan en las interfaces de usuario de patrones oscuros va cambiando con el tiempo, sino que, una misma técnica se puede ir adaptando también por quienes la aplican según se observe que varía el comportamiento del consumidor frente a ella. Es decir, van surgiendo nuevas técnicas¹⁹⁴ y se van modificando las existentes.

El problema respecto de los patrones oscuros es una cuestión de límites: dónde trazar la línea que diferencia una práctica meramente persuasiva de una

¹⁹⁴ De hecho, en la ya mencionada página <https://www.deceptive.design/hall-of-shame>, creada por Harry Brignull se van actualizando desde hace años nuevos supuestos de patrones oscuros (la última actualización es de noviembre de 2023 –consultada el 12 de febrero de 2024–).

manipuladora¹⁹⁵. En este sentido, se ha propuesto en la doctrina alguna regla cuantitativa basada en el número de sujetos que consienten como resultado de la aplicación de un patrón oscuro respecto del número que consentirían con un diseño neutro. Concretamente, se propone una regla con el siguiente tenor: si un patrón oscuro genera más del doble de consentimientos, se presume que es ilícito. Sería un criterio basado en que fuera «más probable que no» que los consumidores opten por no rechazar un servicio en función de la arquitectura de la interfaz en lugar de basarse en la demanda real del producto o servicio en cuestión¹⁹⁶. Estamos de acuerdo en que en materia de los patrones oscuros no puede separarse la regulación de los experimentos empíricos sobre el comportamiento humano, pues estos son una fuente innegable para saber el efecto real de las prácticas empleadas. Además, pueden proporcionar reglas muy claras que, desde luego, redundarían en una mayor seguridad jurídica. Pero hay que tener en cuenta también las limitaciones que podrían tener estas reglas en la medida en que los datos resultantes de los experimentos están vinculados con la aplicación de una práctica de diseño en un contexto o escenario concreto y estático, que podría no recoger todas las diferentes variables, variables sujetas, además, a cambios (por ejemplo, a que los usuarios se acostumbren a una determinada técnica y pierda su efectividad).

Dicho esto, y siendo conscientes de todos los obstáculos para ello, compartimos la opinión de la doctrina que ha puesto de relieve la conveniencia de que se desarrollaran directrices al hilo de las cláusulas generales¹⁹⁷. Directrices al estilo de las ya existentes –por ejemplo, para guiar en la aplicación de la normativa sobre prácticas desleales a patrones oscuros–, especialmente respecto de aquellas prácticas que ya se tienen en la actualidad identificadas como frecuentes y perjudiciales (empezando, por ejemplo, por las tres expresamente reconocidas en el art. 25.3 RSD). Es más, incluso respecto de algunos ejemplos que teóricamente sí encajarían en un supuesto de hecho expresamente contemplado en alguna norma podría ser necesaria, igualmente, una guía legal para su aplicación al caso concreto pues es frecuente que se introduzcan conceptos indeterminados.

Sirve de botón de muestra la práctica conocida como *nagging*, esto es, la interrupción repetida de la navegación del usuario mediante el empleo de preguntas en ventanas emergentes o *pop-ups* que no le permiten continuar o le dificultan su actividad, sin que pueda rechazarlas de maneja definitiva y bus-

¹⁹⁵ COMISIÓN EUROPEA, 2021, p. 100; ROSCA, C., *LB Maastricht U*.

¹⁹⁶ LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, pp. 43 ss. y 49, en especial, p. 44.

¹⁹⁷ Defienden la oportunidad de guías sobre específicos patrones oscuros para delimitar las cláusulas generales y aportar un cierto nivel de certidumbre DI PORTO, F.; EGBERTS, A., *ELJ*, p. 137.

cando que, al final, el usuario, acepte la sugerencia planteada y querida por el empresario. Esta técnica, como se señaló en el apartado relativo a la competencia desleal, podría encajarse en el artículo 29.2 LCD, que reputa desleal «realizar propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual». También podría subsumirse en el artículo 8 LCD, que se refiere a comportamientos que, mediante acoso, coacción o influencia indebida, afecten al comportamiento económico del consumidor, teniendo que valorar, entre otras variables, la persistencia de la conducta. Pues bien, en ambos casos, la normativa delimita la conducta desleal a través del parámetro de la persistencia y la reiteración. Pero ¿cuándo puede considerarse que las interrupciones son *persistentes*? La STJUE de 25 de noviembre de 2021, asunto C-102/20, caso *StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH contra eprimo GmbH*, en aplicación del apartado 26 del Anexo I de la Directiva 2005/29/EC¹⁹⁸, interpretó que enviar anuncios publicitarios a los buzones de correos electrónicos tres veces en aproximadamente un mes debía considerarse «persistente». ¿Puede extrapolarse este criterio a la interrupción mediante la visualización de ventanas emergentes durante la navegación? No lo creemos.

Por lo tanto, incluso respecto de prácticas teóricamente canalizables a través de supuestos de hecho concretos en normas ya existentes y con cierto tratamiento jurisprudencial, son necesarios desarrollos que permitan la adaptación a un entorno y perspectivas relativamente nuevas. Y, sin ser una solución a corto plazo, es más fácil o rápido que ese desarrollo provenga en forma de directrices de la Unión Europea que de jurisprudencia que pueda conocer puntualmente de conflictos que le van llegando respecto de patrones oscuros. Por otro lado, la concreción mediante directrices es un mecanismo más flexible que una mayor concreción en la normativa dado, como se ha señalado antes, lo cambiante del entorno y que no es siempre fácil trazar la línea entre prácticas lícitas e ilícitas. En todo caso, ayudaría a un mejor control y protección del usuario, a un mejor cumplimiento por parte del empresario y a evitar una dispersión de criterios o soluciones entre los distintos Estados miembros respecto de aquellos supuestos cuya aplicación corresponda al ámbito nacional¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Este punto es el equivalente al artículo 29.2 LCD española, si bien en la norma europea se mantiene la referencia a solicitudes «persistentes» (al igual que en el art. 9 sobre prácticas agresivas), mientras que en la norma española se habla de propuestas «reiteradas». No obstante, entendemos que la interpretación del TJUE respecto de «persistentes» es aplicable a «reiteradas».

¹⁹⁹ Señalan los problemas para el cumplimiento de los empresarios y el riesgo de desviaciones en la aplicación a lo largo de Europa ANDERSON, K.; JOHNSON, N.; HODDER, A., *TRC*, pp. 28 y 29, respectivamente. Respecto de este último aspecto, GRAEF, I., *TILEC*, pp. 19-20 recalca la necesidad de que incluso

8. ENFOQUE INDIVIDUAL Y ENFOQUE COLECTIVO DE LOS REMEDIOS Y MECANISMOS DE CONTROL

Como se señaló en su momento, el impacto de la presencia de patrones oscuros en las interfaces de usuario tiene una doble faceta, pues afecta tanto individualmente a cada uno de los usuarios como, de manera global, a la economía o mercado digital desde un punto de vista colectivo. Teniendo en cuenta lo anterior, no es de extrañar que en la normativa se hayan previsto medidas para cubrir ambas dimensiones.

Si tomáramos una foto panorámica de los distintos mecanismos para atacar a los patrones oscuros, esta nos revelaría que cada norma pone el peso en uno u otro punto de vista.

En materia de protección de datos personales (RGPD y LOPDP) así como en la normativa de consumo (TRLGDCU y LCD), se prevén expresamente acciones que tienen como objetivo tutelar el interés particular del individuo afectado, siempre ante una autoridad judicial y, en ocasiones, también frente a la autoridad competente de naturaleza administrativa (por ejemplo, AEPD). Asimismo, se prevé la posibilidad de reclamar judicialmente una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, allá donde se cumplan los requisitos para ello. Esta protección individual se completa con medidas más encaminadas a la protección de los consumidores como colectivo indeterminado: por un lado, la posibilidad de que las autoridades administrativas competentes impongan sanciones económicas frente a incumplimientos normativos; por otro, acciones que tengan como resultado que cesen y se retiren del mercado esas conductas perjudiciales para la sociedad.

Sin embargo, las nuevas normas que se han aprobado recientemente en la Unión Europea y que tienen dentro de su ámbito de aplicación los patrones oscuros –ya sea de una manera general, ya sea positivizando alguna práctica concreta que encaja en el fenómeno– están pensando especialmente en la dimensión colectiva de la protección²⁰⁰. Esto se comprueba al analizar sus medidas de ejecución y cumplimiento de la normativa, que se centran en las facultades de la autoridad administrativa competente (bien la Comisión Europea –RMD–, bien la Autoridad Competente nacional –RSD, Reglamento de Datos, Reglamento de IA–) para llevar a cabo labores de control de conductas prohibidas o irregulares. Pero no descienden –como sí lo hacen las primeras, espe-

los diferentes órganos competentes nacionales vinculados con cada una de las distintas normas lleven a cabo una aplicación coordinada para que sea más efectiva.

²⁰⁰ Así lo ponen de relieve y desarrollan DI PORTO, F.; EGBERTS, A., *ELJ*, p. 116.

cialmente el TRLGDCU y la normativa de protección de datos— al nivel del individuo que pueda haber visto afectado su interés en una transacción concreta como consecuencia de la infracción de alguna norma.

Se exceptúa el caso del Reglamento de Datos, que sí hace referencia expresa al hecho de que el usuario pueda reclamar sus derechos infringidos ante la autoridad judicial (o ante un órgano de resolución de litigios) y tenga derecho a ser compensado si la utilización o divulgación no autorizada de datos a los que se ha accedido de forma ilícita le ha generado daños. Entendemos que esto seguramente se deba a la especial materia que tiene por objeto (protección de datos).

Por otro lado, si bien es cierto que el RSD prevé la posibilidad de que el usuario reciba una compensación por daños, lo hace de una manera relativamente superficial, porque, como señalamos en el apartado correspondiente, remite a las normas de Derecho nacional y no supone un mecanismo *ad hoc* o añadido de protección.

¿Cuál es la óptica acertada? Indudablemente, es necesario articular acciones individuales que permitan a aquellos sujetos afectados por patrones oscuros poder reclamar y solicitar que se eliminen, en la medida de lo posible, los efectos perniciosos de estas prácticas en su situación concreta. Por ejemplo, poder dar por terminado un contrato cuando el diseño de la interfaz lo ha hecho prácticamente imposible; poder exigir que no se traten datos personales respecto de los que se ha dado un consentimiento engañado o inconsciente; no estar vinculado por un producto o un servicio que se ha añadido automáticamente a la cesta de la compra sin un consentimiento plenamente válido; no estar vinculado por una suscripción mensual que no se consintió o cuyo procedimiento para darse de baja es desproporcionado y gravoso; o no verse afectado por aspectos determinantes respecto de los que se ha ocultado información relevante antes de contratar.

Dicho esto, a nuestro juicio las medidas a nivel individual, si bien imprescindibles, no son suficientes para abordar el fenómeno de los patrones oscuros. Y no lo son porque el concepto de patrones oscuros es un paraguas que abarca prácticas que pueden adoptar muy distintas formas, con mayor o menor intensidad, y que pueden variar mucho según el contexto. En algunos casos la relevancia individualmente considerada que tiene un patrón oscuro puede ser escasa. Es más, puede que el sujeto ni siquiera sea consciente de que su comportamiento se ha visto afectado por este tipo de prácticas. Además, no todo el daño que generan los patrones oscuros es daño patrimonial o pérdida financiera, sino que, en muchas ocasiones, es un daño no económico y, por tanto, no fácilmente cuantificable ni reclamable. En este escenario, no existe incentivo —o, incluso, a veces, motivo consciente— para una reclamación del individuo —mucho menos si se trata de iniciar un proceso judicial que, en oca-

siones, es la única vía²⁰¹—. Hay que tener en cuenta que, precisamente, un punto débil del propio Derecho de consumo son los mecanismos procesales para que los sujetos individualmente puedan hacer valer los derechos materiales que se le reconocen en las distintas normas. Interponer una acción judicial por la existencia de una cláusula abusiva o por el incumplimiento de alguna obligación por parte del empresario puede compensar si se produce, por ejemplo, en el contexto de un contrato de préstamo hipotecario o de la compraventa de un bien de una cierta cuantía económica. Pero no es infrecuente que supuestos de infracciones de derechos que suponen al consumidor un perjuicio económico reducido no lleguen a materializarse en una acción. Obviamente, existe también, en general, la opción del arbitraje de consumo, un sistema gratuito y ágil de resolución de conflictos, pero que, en última instancia, no deja de ser una opción voluntaria para el profesional —salvo que esté adherido previamente al sistema, hecho que, por otra parte, también es voluntario en sí mismo—.

En todo caso, como se expuso en el apartado relativo al impacto y los daños que generan los patrones oscuros, el reducido —y, en algunos casos, inconsciente— coste individual de algunas prácticas engañosas pasa a adquirir una gran trascendencia si se pone el foco en el daño o coste que generan a nivel colectivo. De ahí que, sin perjuicio de su cierto efecto preventivo, las acciones individuales pueden no ser adecuadas para muchas de las prácticas que no tienen un gran impacto negativo individual sino colectivo y que, por tanto, parece que deberían ser idealmente controladas más bien «desde el sistema» y no dejando al consumidor concreto la iniciativa de su impugnación. Es más, aunque existiera la opción del usuario de la interfaz de poder simplemente «denunciar» o comunicar de una manera sencilla y rápida la existencia de un patrón oscuro en una página web o aplicación cada vez que detectara una práctica de este estilo, tampoco podría ponerse su detección sobre los hombros de los sujetos individuales, pues se dejarían sin controlar muchas prácticas, sobre todo aquellas que no son muy evidentes, pero que, precisamente por eso, son más eficaces y dañinas.

Posiblemente por esto, como señalábamos, las últimas normas comunitarias promulgadas que abordan los patrones oscuros desde un punto de vista general —especialmente, RSD y RMD—, se centran en esa protección «desde el sistema», que incluye un *enfoque preventivo* del que carecen, en la misma medida al menos, las acciones particulares. Y, si bien se reconoce positivamente

²⁰¹ Por ejemplo, ante un incumplimiento de la regulación de contratos de consumo del TRLGDCU, salvo algunos sectores concretos (ej. sector eléctrico), los competentes para una resolución vinculante y que pueda influir en un negocio jurídico concreto son los tribunales. Existe la opción del arbitraje de consumo, pero con las limitaciones que se señalan en el texto principal al final de este párrafo.

te la posibilidad a los usuarios de reclamar y/o poner en conocimiento de las autoridades competentes el uso de técnicas de diseño engañosas o manipuladoras, el grueso de las medidas de ejecución o aplicación se refieren a las amplias facultades de estas autoridades para investigar, ordenar el cese de las infracciones, imponer medidas correctoras e imponer fuertes sanciones económicas. Lógicamente, el efecto preventivo de las multas o el resultado de ordenar el cese de un patrón oscuro beneficiará, indirectamente, a todos los usuarios. Pero estas normas están pensando más en el efecto positivo inmediato en el mercado digital y no tanto en resolver problemas individuales de los usuarios y, de hecho, solo se aplican a operadores que tengan un cierto tamaño y, por tanto, una mínima influencia en el mercado²⁰².

9. EL USUARIO MEDIO ES TAMBIÉN USUARIO VULNERABLE FRENTE A LOS PATRONES OSCUROS

Tradicionalmente, el perfil de sujeto que se tiene en cuenta para la aplicación de normas de protección al consumidor es el del conocido como «consumidor medio», esto es, en palabras del TJUE, aquel normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (por todas, sentencias del TJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso *Kásler*; TJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso *Matei*; TJUE de 16 de julio de 2020, asuntos C-224/19 y C-259/19, casos *Caixabank* y *BBVA*). El uso de este estándar buscaba, entre otras cosas, dotar a los tribunales de criterios comunes y evitar barreras de entrada dentro del mercado de la Unión Europea²⁰³, como se desprende del Considerando 18 de la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas desleales, al expresamente señalar que, para una aplicación y protección efectivas de la norma, se necesita valorar el efecto en un «consumidor teórico, típico», que no es sino el consumidor medio, tal y como ha sido interpretado por el TJUE. Así se recoge claramente en el artículo 5.2.b) de la Directiva y en el artículo 4.2 LCD, transposición de la primera a nuestro Ordenamiento Jurídico²⁰⁴.

Sin embargo, desde hace tiempo se viene cuestionando desde la Unión Europea la idoneidad de este concepto para abarcar a todos los perfiles de con-

²⁰² Si recordamos, la prohibición del uso de patrones oscuros del artículo 25 RSD no se aplica a las microempresas y pequeñas empresas (art. 19 RSD). Por su parte, las obligaciones del RMD solo afectan a los denominados «guardianes de acceso», empresas de un gran tamaño, en el sentido de volumen de negocio y usuarios.

²⁰³ OECD, 2023, p. 30.

²⁰⁴ Artículo 4.2 LCD: «Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio».

sumidores existentes en la realidad, pues en la práctica algunos de ellos pueden tener problemas para entender o asimilar la información que se les proporciona, para seguir el proceso de contratación o, en general, para tomar decisiones acordes con sus intereses. En definitiva, ciertos grupos de consumidores son más susceptibles a prácticas desleales o abusivas que otros y menos capaces de protegerse por sí mismos frente a ellas²⁰⁵. De ahí que uno de los ámbitos prioritarios de la Nueva Agenda del Consumidor de la Unión Europea (2020-2025) sea proteger más eficazmente a los consumidores vulnerables abordando sus necesidades específicas²⁰⁶. Surge, así, el concepto de consumidor vulnerable frente al de consumidor medio.

Aunque no hay una única y común definición de vulnerabilidad del consumidor²⁰⁷, podemos partir de la definición de «consumidor vulnerable» de la Comisión Europea, que lo identifica como aquel que, «como consecuencia de sus características sociodemográficas, sus características de comportamiento, su situación personal o su entorno de mercado: corre un mayor riesgo de experimentar resultados negativos en el mercado; tiene una capacidad limitada para maximizar su bienestar; tiene dificultades para obtener o asimilar información; es menos capaz de comprar, elegir o acceder a productos adecuados; o es más susceptible a determinadas prácticas comerciales»²⁰⁸.

En algunas de las normas analizadas en este trabajo hay alusiones directas a este fenómeno. Alguna previa a la reciente preocupación europea, como es el hecho de que el artículo 5.3 Directiva 2005/29/EC y el correlativo artículo 4.3 LCD tengan en cuenta, por contraste con el consumidor medio, la perspectiva de ciertos grupos de consumidores para valorar la susceptibilidad de que una práctica distorsione su comportamiento económico. La vulnerabilidad vendría dada aquí, según reza el último precepto, por «presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad»²⁰⁹.

Por su parte, de manera más reciente y en el TRLGDCU español se ha introducido en el artículo 3, párrafo 2.º, el concepto de «personas consumidoras vulnerables», concepto abordado de una manera muy amplia pues se refiere a «aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales,

²⁰⁵ HELBERGER, N.; LYNSKEY, O.; MICKLITZ, H. W.; ROTT, P.; SAX, M.; STRYCHARZ, J., 2021, p. 5.

²⁰⁶ COMISIÓN EUROPEA, 2020.

²⁰⁷ EUROPEAN COMMISSION, 2016, p. 39. En esta obra se recoge una amplia revisión doctrinal sobre el concepto de vulnerabilidad (en especial, pp. 38 ss.).

²⁰⁸ EUROPEAN COMMISSION, 2016 (la traducción es nuestra).

²⁰⁹ Se pone el acento en características personales, EUROPEAN COMMISSION, 2016, p. 44; HELBERGER, N.; M. SAX; STRYCHARZ, J.; MICKLITZ, H. W., *JCP*, p. 178.

se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad»²¹⁰.

La extensa EEMM de la ley aporta ejemplos de circunstancias que pueden determinar la vulnerabilidad (entre otras muchas, edad, sexo, origen nacional o étnico, lugar de procedencia, personas desempleadas, personas con algún tipo de discapacidad, personas en riesgo de exclusión), ejemplos de colectivos afectados (ej. personas mayores, mujeres, niños y adolescentes, personas con discapacidad) y de factores que influyen (ej. nivel de renta, nivel formativo, brecha digital o lugar de residencia), además de remarcar que se trata de una situación dinámica (no toda persona dentro de un colectivo es siempre vulnerable o puede serlo respecto de una relación de consumo y no de otra o en un momento y no en otro). Aunque es cierto que el de vulnerabilidad es un concepto que requiere de una relativa flexibilidad, los términos tan amplios y genéricos pueden hacer difícil identificar con seguridad quién es un consumidor vulnerable en un contrato concreto²¹¹.

Aunque no parece que sean muchas las consecuencias jurídicas concretas que lleva anudadas el estatuto de persona consumidora vulnerable²¹², que un consumidor o usuario sea considerado como tal en el ámbito del TRLGDCU puede tener alguna relevancia en lo que a patrones oscuros se refiere, por ejemplo, en los que puedan interferir en las obligaciones de proporcionar información precontractual²¹³, en el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación²¹⁴ o en el control de transparencia material²¹⁵.

En tercer y último lugar y, además, ya específicamente circunscrita a los patrones oscuros, la Propuesta de Reglamento de IA pone el foco en la necesidad de protección especial de ciertos grupos de personas, identificados por su

²¹⁰ Sobre el concepto de consumidor vulnerable en un momento previo a su positivización en la norma, HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., 2015.

²¹¹ MATO PACÍN, M. N., 2022a, p. 32. Sobre el concepto de persona consumidora vulnerable tras su inclusión en el TRLGDCU, MARÍN LÓPEZ, M. J., CESCO, pp. 112 ss.; CÁMARA LAPUENTE, S., 2022b, pp. 142-148;

²¹² MATO PACÍN, M. N., 2022a, pp. 32-33. En el mismo sentido, PALAZÓN GARRIDO, M. L., *RDC*, pp. 212 ss., sostiene que no se ha conseguido el objetivo de crear un régimen transversal, consistiendo las previsiones del legislador en normas aisladas y principalmente relativas a deberes de información precontractual.

²¹³ El artículo 60.1, segundo párrafo, TRLGDCU conmina al empresario a que, en el caso de personas consumidoras vulnerables, suministre no solo información clara, comprensible, veraz y suficiente, sino también en un formato fácilmente accesible, garantizando la asistencia necesaria y asegurando su adecuada comprensión.

²¹⁴ Los artículos 5 y 7 LCGC y el artículo 80 TRLGDCU exigen transparencia, accesibilidad y legibilidad para que las cláusulas no negociadas pasen a formar parte del contrato. El artículo 80.1.b) señala un tamaño mínimo de letra e interlineado, pero se trata de eso, unos requisitos mínimos, que pueden tener que elevarse –junto con otros– en el caso de consumidores vulnerables.

²¹⁵ En la medida en que para superar el control de transparencia material de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato es necesario que el consumidor, atendidas las circunstancias, haya podido comprender a qué se estaba obligando, esta obligación del empresario de informar puede variar en función del perfil del consumidor.

«edad o discapacidad física o mental». Es de notar, sin embargo, que en el último texto publicado del Reglamento de IA, el de marzo de 2024, se han modificado los criterios y se hace referencia a la «edad, discapacidad o a una situación social o económica específica», ampliando –desde nuestro punto de vista, correctamente– el concepto a través de otros factores nuevos²¹⁶.

Pues bien, el análisis del comportamiento de los usuarios mediante experimentos empíricos ha permitido identificar algunas de estas características como relevantes para la eficacia de los patrones oscuros. A tal efecto, la edad es un factor a tener en cuenta, bien porque el sujeto pertenezca al colectivo de adultos mayores –se asocia con una disminución de la capacidad de toma de decisiones debido al deterioro cognitivo²¹⁷–, bien por tratarse de niños o jóvenes –por la falta de experiencia como consumidores y por la menor capacidad para resistir la influencia de elementos persuasivos, aunque los identifiquen, potenciándose estos riesgos en el mundo digital respecto del *offline*²¹⁸–.

Ciertamente, aunque el RSD no hace referencia expresa –al modo de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas desleales o del Reglamento de IA– a la categoría de usuarios vulnerables, sí que tiene en cuenta esta realidad en algunos supuestos. Así se desprende de la obligación de explicar las condiciones y restricciones de uso del servicio de manera que los menores las puedan entender si están dirigidas principalmente a ellos (art. 14.3), de la obligación de establecer medidas adecuadas y proporcionadas para garantizar un elevado nivel de privacidad, seguridad y protección de los menores en su servicio (art. 28.1) o de la prohibición de presentar anuncios en su interfaz basados en la elaboración de perfiles (art. 28.2).

Por otro lado, si bien la situación social o económica no aparece en rigor explícitamente como tal identificada en muchos de los estudios, sí que podría vincularse a nuestro juicio en algunos casos con otro factor que se señala repetidamente como relevante para generar vulnerabilidad frente a prácticas de

²¹⁶ Algún autor, respecto de la versión de la Propuesta inicial, ha reclamado ampliar la referencia a grupos vulnerables para incluir a todas las características protegidas del artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), esto es: sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual (SMUHA, N.; AHMED-RENGERS, E.; HARKENS, A.; LI, W.; MACLAREN, J.; PISELLI, R.; YEUNG, K., 2021, pp. 22 y 56).

²¹⁷ OECD, «Consumer vulnerability in the digital age...», op. cit., p. 18. Huelga decir que, como se señala en el trabajo, los sujetos de una edad avanzada son más vulnerables en unos contextos que en otros, aunque al entorno digital y la limitación de capacidades digitales suele estar asociada con el colectivo. También señalan a los adultos mayores con habilidades tecnológicas poco desarrolladas como vulnerables frente a los patrones oscuros otros estudios: OECD, 2023, p. 28; LUPIÁÑEZ-VILLANUEVA, F.; BOLUDA, A.; BOGLIACINO, G. L.; LECHARDY, L.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T., 2022, pp. 6 y 121.

²¹⁸ OECD, 2023, p. 21. Señalan también la mayor afectación de los usuarios jóvenes por los patrones oscuros OECD, 2022, p. 28 y CONSUMER POLICY RESEARCH CENTRE, 2022, p. 6.

diseño engañosas. Nos referimos al nivel formativo del usuario: se ha concluido en diversos experimentos que aquellos sujetos con menos estudios son más susceptibles de ser afectados por los patrones oscuros^{219 220}.

Mencionadas algunas de las categorías de usuarios vulnerables frente a las prácticas de diseño de interfaces engañosas o manipuladoras, no podemos cerrar este epígrafe sin detenernos en el concepto con el que lo abríamos: el consumidor o usuario medio. Y es que en los últimos tiempos se ha cuestionado por la doctrina la utilidad de esta figura en el ámbito digital y, en lo que aquí concierne, respecto de los patrones oscuros. ¿Cuál es el origen de esta objeción? Las dudas surgen porque se ha demostrado que todos los usuarios tienen sesgos y corren el riesgo potencial de ser manipulados, independientemente de su edad, ingresos o formación²²¹. Así, estudios realizados concluyen que todos los sujetos –tanto consumidores medios como vulnerables– son susceptibles de verse afectados por prácticas engañosas y solo aquellos individuos formados y con conocimientos en la materia concreta (ya sea por formar parte de la industria, del mundo académico, de asociaciones de consumidores o ser responsables políticos) habrían presentado un mayor nivel de conciencia frente a las técnicas empleadas²²². Es más, si recordamos, la información no constituía un mecanismo cien por cien eficaz para luchar contra los patrones oscuros²²³. De hecho, de este último estudio citado se deriva que los consumidores parecen aceptar su presencia como parte normal de la experiencia y se acostumbran a ellos²²⁴.

²¹⁹ LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, pp. 27-28, concluyen que los participantes con menor formación son significativamente más propensos a aceptar las opciones afectadas por los patrones oscuros, tanto en el caso de patrones agresivos como de aquellos más suaves. En el mismo sentido, OECD, 2022, p. 28; LUPÍÁÑEZ-VILLANUEVA, F.; BOLUDA, A.; BOGLIACINO, G. L.; LECHARDOY, L.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T., 2022, p. 121.

²²⁰ En el texto principal hemos hecho referencia a la edad e, indirectamente, a la situación socioeconómica del usuario. De los criterios identificados por las distintas normas, nos faltaría aludir a la discapacidad, pero –al menos, hasta donde sabemos– no hay estudios sobre patrones oscuros y discapacidad. Entendemos que el concepto discapacidad engloba un conjunto de situaciones muy dispares y que, por tanto, no es fácil reflejar esto en un estudio con resultados concluyentes. No relacionado con la discapacidad, pero sí con rasgos de la personalidad, LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, pp. 28-29, concluyen que ciertos rasgos como ser extrovertido o no ser muy concienzudo hacen que el sujeto sea más propenso a verse afectado por los patrones oscuros menos agresivos.

²²¹ ZAC, A.; HUANG, Y.-H.; MOLTKE, A.; DECKER, C.; EZRACHI, A., 2023, p. 3, señalan incluso cómo en el experimento llevado a cabo por ellos –en el que se había introducido un elemento de pago real– se observa que la susceptibilidad de los usuarios a los patrones oscuros es, en gran medida, uniforme entre todos los usuarios, independientemente de otros factores.

²²² LUPÍÁÑEZ-VILLANUEVA, F.; BOLUDA, A.; BOGLIACINO, G. L.; LECHARDOY, L.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T., 2022, p. 120. Se pone de manifiesto en este estudio que la habilidad del consumidor medio para discernir el uso de patrones oscuros en el entorno digital es bastante limitada.

²²³ Epígrafe III.4.2.

²²⁴ LUPÍÁÑEZ-VILLANUEVA, F.; BOLUDA, A.; BOGLIACINO, G. L.; LECHARDOY, L.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T., 2022, p. 120.

Puestas así las cosas, se ha dicho que el consumidor medio es «un prototipo no realista» de consumidor, pues los mercados digitales se caracterizan por desequilibrios estructurales y por diseños que persiguen explotar los distintos sesgos²²⁵, y los experimentos demuestran que tener sesgos es la regla general y no la excepción²²⁶. En la sociedad digital, la vulnerabilidad es arquitectónica porque el diseño de las distintas elecciones digitales por las que se navega está pensado para interferir o incluso crear vulnerabilidades²²⁷, efecto potenciado, además, por el hecho de que se esté continuamente recopilando datos, llevando a cabo experimentos y haciendo ajustes en función de los resultados, para optimizar los patrones de comportamiento²²⁸. La personalización se ha revelado, así, como una fuente de influencia en el comportamiento y una nueva forma de asimetría de información²²⁹ que afecta a todos los usuarios.

La forma en la que jurídicamente se aborden los patrones oscuros no puede, por lo tanto, prescindir de estas evidencias empíricas. Partiendo de esta premisa, se comprenderá que el punto de referencia para valorar la licitud de un patrón oscuro no puede ser el de un consumidor informado y perspicaz del mundo fuera de línea –que no debería verse afectado por trucos de diseño porque es capaz de tomar decisiones racionales– porque el comportamiento difiere cuando este consumidor se mueve en el entorno digital actual²³⁰. A la hora de regular a futuro y a la hora de aplicar el marco normativo existente, hay que tener en cuenta cómo realmente se comportan los consumidores y que no hay consumidor medio que no pueda volverse vulnerable²³¹. Yendo a las dos normas que pueden tener una aplicación más general para los patrones oscuros, el RSD y la normativa de competencia desleal, no parece que haya ningún impedimento en este sentido en la primera, pues la norma no contrapone «usuario medio» y «usuario vulnerable» sino que prohíbe, en general, los patrones oscuros, entendiendo que todos los usuarios pueden verse afectados por ellos y, por tanto, merecen protección. En la Directiva 2005/29/CE y en su transposición a la española LCD, por su parte, las cosas cambian. Los criterios para ser considerado consumidor vul-

²²⁵ ZAC, A.; HUANG, Y.-H.; MOLTKE, A.; DECKER, C.; EZRACHI, A., 2023, p. 3.

²²⁶ STANGO, V.; ZINMAN, J., *NBER*, p. 1.

²²⁷ HELBERGER, N.; LYNSKEY, O.; MICKLITZ, H. W.; ROTT, P.; SAX, M.; STRYCHARZ, J., 2021, p. 19.

²²⁸ HELBERGER, N.; LYNSKEY, O.; MICKLITZ, H. W.; ROTT, P.; SAX, M.; STRYCHARZ, J., 2021, p. 18; LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., *JLA*, pp. 49-50.

²²⁹ OECD, 2023, p. 23. Como se señala en el informe, el empresario sabe mucho más del consumidor que a la inversa, con el agravante de que el mensaje del empresario, gracias a la personalización, genera una mayor sensación de credibilidad.

²³⁰ Esta última diferencia en lo que los usuarios toleran en el mundo en línea y fuera de él la señala MIK, E., *LI&T*, p. 36.

²³¹ MIK, E., *LI&T*, p. 34; LOOS, M.; LUZAK, J., 2021, p. 45; SØRENSEN, M. J.; ROTT, P.; SEIN, K., 2023, p. 8; OECD, 2023, p. 28.

nerable son limitados –discapacidad, edad, credulidad– y, como hemos visto, no todas las vulnerabilidades de la sociedad digital encajan en ellos. Si el supuesto no se subsume en esas rígidas categorías, quedaría aplicar la regla general del consumidor medio, pero estimamos que habría que reconsiderar el hecho de que el punto de referencia para valorar si un patrón oscuro afecta o no al comportamiento del consumidor –y, en su caso, en qué medida lo hace– sea el del consumidor medio, entendido en el sentido tradicional del concepto.

En este punto, las Directrices de la Comisión Europea sobre la interpretación y aplicación de la Directiva 2005/29/CE, publicadas en diciembre de 2021, pueden, quizás, ayudar a adaptar la aplicación del concepto de consumidor medio y los criterios de vulnerabilidad a la realidad de los patrones oscuros mostrada. Primero, porque en el apartado relativo a «Prácticas basadas en los datos y patrones oscuros» se aclara que el valor de referencia del consumidor medio o vulnerable «puede modularse en función del grupo destinatario» e, inclusive, «si la práctica es muy personalizada, puede incluso formularse desde la perspectiva de una sola persona que haya estado sujeta a la personalización específica»²³². Es decir, se está permitiendo eliminar la perspectiva del consumidor medio hasta el punto de que se acepta la valoración caso por caso de la influencia de una práctica en un supuesto concreto, si fuera necesario. Y, en segundo lugar, porque también rebaja la rigidez de los criterios para ser considerado consumidor vulnerable, señalando que esas características «son indicativas y no exhaustivas» y reconociendo lo que han venido demostrando los experimentos, es decir, que la vulnerabilidad (también de la Directiva sobre prácticas desleales) es un concepto «dinámico y situacional» y que, por tanto, algunos consumidores pueden no ser vulnerables en unos contextos y sí en otros, especialmente en el entorno digital²³³. Con este enfoque, la línea entre consumidor vulnerable y consumidor medio se desdibuja²³⁴, aunque no se trata de no reconocer que determinados colectivos puedan estar especialmente desprotegidos frente a los patrones oscuros por sus características o posición, sino de ser conscientes –a la hora de configurar y aplicar los límites legales– de que, incluso aun no estando dentro de esos colectivos, también puede haber situaciones en las que el diseño de las interfaces, tal y como se está desarrollando en la actualidad, se aprovecha de una vulnerabilidad del usuario –coyuntural o no–.

²³² EUROPEAN COMMISSION, 2021, p. 100.

²³³ EUROPEAN COMMISSION, 2021, p. 100.

²³⁴ OECD, 2023, p. 32.

BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía de Privacidad desde el Diseño*, octubre 2019. Disponible en: <https://www.aepd.es/documento/guia-privacidad-desde-diseno.pdf> [Último acceso: 20 de febrero de 2024]
- *Guía de Protección de datos por defecto*, octubre 2020, pp. 1-39. Disponible en: <https://www.aepd.es/documento/guia-proteccion-datos-por-defecto.pdf> [Último acceso: 20 de febrero de 2024]
- *Guía Listas de tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos (art. 35.4)*, pp. 1-4. Disponible en <https://www.aepd.es/documento/listas-dpia-es-35-4.pdf> [Último acceso: 20 de febrero de 2024]
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «La incorporación y el consentimiento de la cláusula atributiva de competencia judicial por medios electrónicos en un contrato de adhesión entre empresarios según el Convenio de Lugano II», *Revista Lex Mercatoria*, vol. 23, Artículo 1, pp. 1-14 [Último acceso: 19 de febrero de 2024].
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Madrid, 1991.
- ÁLVAREZ MORENO, M. T., *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*, Madrid, 2021.
- «Contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil», en *Manual de Derecho de consumo*, coord. Díaz Alabart, S., Madrid, 2023, pp. 105-133.
- ANDERSON, K.; JOHNSON, N.; HODDER, A., «Dark patterns – A European regulatory perspective», *TechReg Chronicle*, May 2023, pp. 23-29.
- APARICIO SALOM, J., «Derechos del interesado (arts. 12-19 RGPD. Artículos 11-16 LOPDGDD)», en *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, coord. López Calvo, J., Madrid, 2019, pp. 345-385.

- ARROYO AMAYUELAS, E., «Comentario al artículo 97. Información precontractual», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dir. Cámara Lapuente, S., Madrid, 2011, pp. 975-986.
- BEALE, H. G., *Chitty on contracts*, volume I, *General Principles*, 31st ed., London, 2012.
- BENEYTO, K., «Acciones, legitimación y prescripción en materia de competencia desleal», en *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal. Un estudio práctico de la Ley de competencia desleal (LCD)*, dir. Beneyto, K., Valencia, 2020, pp. 271-312.
- BERTUZZI, L., «Dark patterns, online ads will be potential targets for the next Commission, Reynders says», *Euractiv*, December 2022. Disponible en: <https://www.euractiv.com/section/digital/interview/dark-patterns-online-ads-will-be-potential-targets-for-the-next-commission-reynders-says/> [Último acceso: 20 de febrero de 2024]
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., «Comentario al artículo 1265», en *Comentarios al Código civil*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 3.^a ed., Navarra, 2009, pp. 1496-1497.
- BÖSCH, C.; ERB, B.; KARGL, F.; KOPP, H.; PFATTHEICHER, S., «Tales from the dark side: privacy dark strategies and privacy dark patterns», *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, vol. 4, 2016, pp. 237-254.
- BRIGNULL, H., *Deceptive Design*. Disponible en: <https://www.deceptive.design/types> [Último acceso: 19 de febrero de 2024].
- BROWNLEE, J., «After lawsuit settlement, LinkedIn's dishonest design is now a \$13 million problem», *Fast Company*, May 2015. Disponible en: <https://www.fast-company.com/3051906/after-lawsuit-settlement-linkedins-dishonest-design-is-now-a-13-million-problem> [Último acceso: 10 de febrero de 2024].
- BUSCH, C., «Implementing personalized Law: personalized disclosures in consumer Law and data privacy Law», *The University of Chicago Law Review*, vol. 86, no. 2, March 2019, pp. 309-332.
- BUSINESS EUROPE, *Recommendations for a better presentation of information to consumers*, July 2019, pp. 1-16. Disponible en: https://www.buinessurope.eu/sites/buseur/files/media/reports_and_studies/2019_refit_group_-_recommendations_better_presentation_consumer_information.pdf [Último acceso 28 de febrero de 2024].
- BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al artículo 20», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 2.^a ed., Navarra, 2015a, pp. 258-270.
- «Comentario al artículo 54», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 2.^a ed., Navarra, 2015b, pp. 687-713.

- CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al artículo 60», en (coord.), en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dir. Cámara Lapuente, S., Madrid, 2011a, pp. 483-510.
- «Comentario al artículo 65», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dir. Cámara Lapuente, S., Madrid, 2011b, pp. 579-586.
- «Comentario al artículo 20», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dir. Cámara Lapuente, S., Madrid, 2011c, pp. 277-288.
- «Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: supresión, recuperación y portabilidad», en *El mercado digital en la Unión Europea*, dir. Castaños Castro, P., Castillo Parrilla, J. A., Madrid, 2019, pp. 157-249.
- «Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales «gratuitos»)», en *Estudios de derecho contractual europeo*, dir. Gómez Pomar, F.; Fernández Chacón, I., Navarra, 2022a, pp. 331-405.
- «Artículo 3. Conceptos de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, dir. Cañizares, A., tomo I, Valencia, 2022b, pp. 103-158.
- CAÑIZARES LASO, A., «Comentario al artículo 80», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, dir. Cañizares, A., tomo I, Valencia, 2022, pp. 1151-1170.
- CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1104 a 1107», en *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, dir. Albaladejo, M.; Díaz Alabart, S., Tomo XV, vol. 1, Madrid, 1989, pp. 585-752.
- CASADO NAVARRO, A., «Consecuencias negociales de las prácticas desleales con consumidores: soluciones de Derecho comparado y recientes desarrollos normativos en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, marzo 2022, pp. 116-149.
- *Consecuencias negociales de las prácticas desleales contra los consumidores. Relaciones ente el Derecho contractual europeo y el Derecho de la competencia desleal*, Madrid, 2022.
- CERVERA MARTÍNEZ, M., «Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal. Prescripción», en *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, dir. García-Cruces, J. A., Tomo I, Valencia, 2014, pp. 1843-1944.
- COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, *Online Choice Architecture. How digital design can harm competition and consumers. Discussion Paper*. April 2022, pp. 1-66. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/online-choice-architecture-how-digital-design-can-harm-competition-and-consumers> [Último acceso: 18 de febrero de 2024]

- COMISIÓN EUROPEA, *Documento de orientación de la DG Justicia relativo a la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores*, 2014. Disponible en: <https://enterprise.gov.ie/en/legislation/legislation-files/european-commission-guidance-document-on-directive-2011-83-eu-on-consumer-rights.pdf> [Último acceso: 26 de febrero de 2024]
- *Nueva Agenda del Consumidor: la Comisión Europea capacitará a los consumidores para que se conviertan en el motor de la transición*, 13 de noviembre de 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_2069 [Último acceso: 12 de febrero de 2024].
- *Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores*, 2021/C525/01, 2021. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(04\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(04)&from=ES) [Último acceso: 26 de febrero de 2024]
- CONSUMER POLICY RESEARCH CENTRE, *Duped by design. Manipulative online design: dark patterns in Australia*, June 2022. Disponible en: <https://cprc.org.au/dupedbydesign/> [Último acceso: 8 de febrero de 2024].
- CRESPO MORA, M. C., «La tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (I): Nociones generales y tipos de acciones», en *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*, coord. Santos Morón, M. J.; Mato Pacín, M. N.), Madrid, 2022, pp. 323-341.
- «Las acciones colectivas para el resarcimiento de los perjuicios individuales de los consumidores: una relectura desde el Derecho civil», *RCDI*, núm. 793, 2022, pp. 2485-2530.
- DATA PROTECTION WORKING PARTY (WP29), *Guidelines on transparency under Regulation 2016/679*, 11 April 2018, WP260 rev. 01, pp. 1-40. Disponible en: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/622227> [Último acceso: 23 de febrero de 2024].
- DAY, G.; STEMLER, A., «Are dark patterns anticompetitive?», *Alabama Law Review*, vol. 72, 2020, pp. 1-45.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.
- DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I. C., «Consentimiento (Comentario al art. 4.11 RGPD)», en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*, dir. Troncoso Reigada, A., Navarra, 2021 (recurso electrónico).
- DI PORTO, F.; EGBERTS, A., «The collective welfare dimension of dark patterns regulation», *European Law Journal*, no. 29, 2023, pp. 114-141.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 6.^a ed., Navarra, 2007.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6.^a ed., Navarra, 2008.
- DÍEZ GARCÍA, H., «Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil-Artículos 7 y 8», en *Contratos a distancia y contratos fuera de establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, dir. Díaz Alabart, S., Madrid, 2014, pp. 143-239.

- DOHERTY, M.; CORRALES, M.; HAAPIO, H.; HAGAN, M., «A new attitude to law's empire: the potentialities of legal design», en *Legal design. Integrating business, design and legal thinking with technology*, ed. Corrales, M.; et al, Cheltenham; Northampton, 2021, pp. 1-8.
- EGBERTS, A., «European regulation on dark patterns before and after the DSA», ponencia en *Enforcing EU Consumer and Market Law. 10 years of the Journal of European Consumer and Market Law*, celebrado en línea, 16 de diciembre de 2022.
- ENGELMANN, S.; GROSSKLAGS, J.; PAPAKYRIAKOPOULOS, O., «A democracy called Facebook? Participation as a Privacy Strategy on Social Media», en *Privacy Technologies and Policy*, ed. Medina, M.; Mitrakas, A.; Rannenber, K., et al, Switzerland, 2018, pp. 91-108.
- ENONCHONG, N., *Duress, undue influence and unconscionable dealing*, 2nd ed., London, 2012.
- EUROPEAN COMMISSION, *Antitrust: Commission sends statement of objections to Google on comparison shopping service*, 15 April 2015. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_15_4781 [último acceso: 10 de febrero de 2024].
- *Consumer vulnerability across key markets in the European Union. Final report*, January 2016. Disponible en: https://commission.europa.eu/publications/understanding-consumer-vulnerability-eus-key-markets_en [último acceso: 9 de febrero de 2024].
- *Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, December 2021 (2021/0526/01). Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=C_ELEX%3A52021XC1229%2805%29 [Último acceso: 2 de diciembre de 2023].
- *Consumer protection: manipulative online practices found on 148 of 399 online shops screened*, January 2023a. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_418
- *Factual summary – public consultation on the Fitness Check of EU consumer law on digital fairness*, April 2023b. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13413-Digital-fairness-fitness-check-on-EU-consumer-law/public-consultation_en [Último acceso: 20 de febrero de 2024]
- EUROPEAN CONSUMER CENTRE SWEDEN; THE SWEDEN CONSUMER AGENCY, *Subscription traps in Europe. EU Study into public experiences of subscription traps in six countries in 2017*, 2017, 103 p. Disponible en: <https://www.forbrukereuropa.no/wp-content/uploads/2018/07/Subscription-traps-in-Europe-2017.pdf> [Último acceso: 19 de febrero de 2024]

- EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognise and avoid them*. March 2022. Disponible en: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2022/guidelines-32022-dark-patterns-social-media_en [Último acceso: 19 de febrero de 2024]
- EUROPEAN INSURANCE AND OCCUPATIONAL PENSIONS AUTHORITY, *Dark patterns in insurance: practices that exploit consumer biases*. Disponible en: https://www.eiopa.europa.eu/tools-and-data/behavioural-insights-insurance-and-pensions-supervision/dark-patterns-insurance-practices-exploit-consumer-biases_en [Último acceso: 19 de febrero de 2024]
- EZRA WALDMAN, A., «Cognitive biases, dark patterns, and the «privacy paradox», *Current Issues in Psychology*, no. 31, 2020, pp. 1-11. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3456155 [Último acceso: 20 de febrero de 2024]
- FEDERAL TRADE COMMISSION, *Fortnite video game maker Epic Games to pay more than half a billion dollars over FTC allegations of privacy violations and unwanted charges*, December 19, 2022. Disponible en: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/12/fortnite-video-game-maker-epic-games-pay-more-half-billion-dollars-over-ftc-allegations> [Último acceso: 15 enero de 2024]
- *FTC finalizes order requiring Fortnite maker Epic Games to pay \$245 million for tricking users into making unwanted charges. FTC Will use the money to provide refunds to consumers*, March 14, 2023. Disponible en: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/03/ftc-finalizes-order-requiring-fortnite-maker-epic-games-pay-245-million-tricking-users-making> [Último acceso: 15 de enero de 2024]
- FENOY PICÓN, N., *Dolo, ventaja injusta y rescisión por lesión en los contratos*, Madrid, 2023.
- GARCÍA VICENTE, J. R., «La contratación con consumidores», en *Tratado de contratos*, dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., tomo I, 2.^a ed., Valencia, 2020, pp. 1821-1980.
- GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994.
- *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Navarra, 2018.
- GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., «La contratación electrónica», en *Tratado de contratos*, dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., tomo I, 2.^a ed., Valencia, 2020, pp. 1909-2001.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario al artículo 80», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 2.^a ed. Navarra, 2015, pp. 1027-1083.
- GRAEF, I., «The EU regulatory patchwork for dark patterns: an illustration of an infra-marginal revolution in European law?», *Tilburg Law and Economics Center (TILEC) Research Paper Series*, paper No. 7, 2023. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4411537#paper-references-widget [Último acceso: 19 de febrero de 2024].

- GRAY, C. M.; KOU, Y.; BATTLES, B.; HOGGATT, J.; TOOMBS, A. J., «The dark (patterns) side of UX design», en *Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, April 21-26, 2018, Montreal, pp. 1-14. Disponible en: <https://doi.org/10.1145/3173574.3174108> [Último acceso: 19 de febrero de 2024].
- GRUPO DE TRABAJO DEL ARTICULO 29 (GT29), *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, WP259, noviembre 2017 (revisadas y adoptadas en abril de 2018). Disponible en: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_es.pdf [Último acceso: 19 de febrero de 2024].
- GUALPE CAPÓ, P.; BORRÁS CEBRIÁN, P., «Comentario al artículo 18. Acciones», en *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, dir. Martínez Sanz, F., Madrid, 2009, pp. 305-320.
- HAGAN, M., *Law by design*, 2016. Disponible en: <https://lawbydesign.co/> [Último acceso: 20 de febrero de 2024].
- HELBERGER, N.; LYNKEY, O.; MICKLITZ, H. W.; ROTT, P.; SAX, M.; STRYCHARZ, J., *EU Consumer protection 2.0. Structural asymmetries in digital consumer markets*, March 2021, pp. 1-207. Disponible en: <https://www.beuc.eu/brochure/eu-consumer-protection-20-structural-asymmetries-digital-consumer-markets-0> [Último acceso: 13 de febrero de 2024].
- HELBERGER, N.; M. SAX; STRYCHARZ, J.; MICKLITZ, H. W., «Choice architectures in the digital economy: Towards a new understanding of digital vulnerability», *Journal of Consumer Policy*, 2022, vol. 45, pp. 175-200.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., *Consumidor vulnerable*, Madrid, 2015.
- HUOVINEN, K., «Better commercial contracts with the application of functional contracting and legal design», en *Legal design. Integrating business, design and legal thinking with technology*, ed. Corrales, M.; et al, Cheltenham; Northampton, 2021, pp. 175-201.
- INFANTE RUIZ, F. J., «Preguntas y respuestas sobre la virtualidad de la *undue influence* como vicio del consentimiento», *Revista de Derecho civil*, vol. VIII, núm. 2 (abril-junio), 2021, pp. 1-37.
- KAPROU, E., «Aggressive commercial practices 2.0: Is the UCPD fit for the digital age?», *Journal of European Consumer and Market Law*, no. 2, 2023, pp. 76-84.
- KEITH, M.; LOWRY, P. B.; EVANS, C.; BABB, J., «Privacy fatigue: the effect of privacy control complexity on consumer electronic information disclosure», *International Conference on Information System (ICIS)*, Auckland, 2014. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2529606>
- KING, J., «Do de DSA and DMA have what it takes to take on dark patterns?», *Tech-Policy. Press*, June 23, 2022. Disponible en: <https://www.techpolicy.press/do-the-dsa-and-dma-have-what-it-takes-to-take-on-dark-patterns/> [Último acceso: 19 de febrero de 2024]
- (THE) LEGAL DESIGN ALLIANCE (LeDA), *The legal design manifesto*. Disponible en: <https://www.legaldesignalliance.org/> [Último acceso: 20 de febrero de 2024].

- LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Madrid, 1996.
- LOOS, M.; LUZAK, J., *Update the Unfair Contract Terms directive for digital services*, European Parliament, February 2021. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/676006/IPOL_STU\(2021\)676006_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/676006/IPOL_STU(2021)676006_EN.pdf) [Último acceso: 26 de febrero de 2024]
- LÓPEZ AMIGO, L., «Comentario al artículo 54», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, dir. Cañizares, A., tomo I, Valencia, 2022, pp. 739-756.
- LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J. L., «Derecho al resarcimiento por los perjuicios derivados de infracciones en materia de protección de datos (Comentario al art. 82 RGPD)», en *Comentario al Reglamento Generale de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, coord. Troncoso Reigada, A., Navarra, 2021 (publicación electrónica).
- LÓPEZ MAZA, S.; GARCÍA VICENTE, J. R., «Comentario al artículo 60», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2015, pp. 820-842.
- LÓPEZ RINCÓN, D., «Protección de datos en el sector de los videojuegos: análisis de su adaptación al RGPD y LOPDgdd desde el punto de vista de los videojuegos de gran presupuesto o triple A», 2020. Disponible en: <https://www.aepd.es/documento/accesit-emilio-aced-2020-dario-lopez-rincon.pdf>
- LÓPEZ SÁNCHEZ, «La legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios», en *Intereses colectivos y legitimación activa*, dir. Carbonell Porrás, E., Navarra, 2004, pp. 207-237.
- LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J., «Shining a light on dark patterns», *Journal of Legal Analysis*, vol. 13, Working Paper no. 719, 2021. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3431205> [Último acceso: 19 de febrero de 2024]
- LUPIÁÑEZ-VILLANUEVA, F.; BOLUDA, A.; BOGLIACINO, G. L.; LECHARDOY, L.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T., *Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment –Dark patterns and manipulative personalisation– Final report*, Publications Office of the European Union, 2022, pp. 1-303. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/606365bcd58b-11ec-a95f-01aa75ed71a1/language-en> [Último acceso: 19 de febrero de 2024]
- MACKINNON, E.; KING, J., «Do the DSA and DMA have what it takes to take on dark patterns?», *Tech Policy Press*, June 2023. Disponible en: <https://www.techpolicy.press/do-the-dsa-and-dma-have-what-it-takes-to-take-on-dark-patterns/> [Último acceso: 19 de febrero de 2024]

- MARIMÓN DURÁ, R., «Prácticas desleales con consumidores», en *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, dir. García-Cruces, J. A., tomo II, Valencia, 2014, pp. 1645-1808.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario al artículo 24 TRLGDCU», en *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Navarra, 2015, pp. 337-405.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 37, 2021, pp. 111-120 [Último acceso: 18 de febrero de 2024].
- MAROTTA-WURGLER, F., «Can affirmative manifestation of assent ensure informed consent?», en *Estudios de Derecho contractual europeo*, dir. Gómez Pomar, F.; Fernández Chacón, I., Navarra, 2022, pp. 231-260.
- MARTÍNEZ SANZ, F., «Comentario al artículo 5», en *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, dir. Martínez Sanz, F., Madrid, 2009, pp. 61-77.
- MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de competencia desleal*, Madrid, 1999.
- MATHUR, A.; MAYER, J.; KSHIRSAGAR, M., «What makes a dark pattern...dark?», CHI Conference on Human Factors in Computing Systems, May 2021, pp. 1-18. Disponible en: <https://doi.org/10.1145/3411764.3445610> [Último acceso: 19 de febrero de 2024]
- MATO PACÍN, M. N., «Los contratos de redes sociales como contratos mediante condiciones generales», en *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, dir. Alonso Pérez, M. T.; Hernández Sainz E., Navarra, 2020, pp. 87-115.
- «El Derecho de consumo y el consumidor», en *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*, coord. Santos Morón, M. J.; Mato Pacín, M. N., Madrid, 2022a, pp. 17-35.
- «Protección del consumidor frente a la contratación no negociada: condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas», en *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*, coord. Santos Morón, M. J.; Mato Pacín, M. N., Madrid, 2022b, pp. 57-79.
- MIK, E., The erosion of autonomy in online consumer transactions, *Law, Innovation and Technology*, no. 8 (1), 2016, pp. 1-38.
- MINISTERIO PARA LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y DE LA FUNCIÓN PÚBLICA; COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO Y DE LA COMPETENCIA, «El Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública designa a la CNMC como Coordinador de Servicios Digitales de España», Nota de prensa, 24 de enero de 2024. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2024/NdP-CNMC-DSA.pdf. [Último acceso: 10 de febrero de 2024]
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario al artículo 82», en *Comentarios a las normas de protección de consumidores*, dir. Cámara Lapuente, S., Madrid, 2011, pp. 711-751.

- MIRALLES LÓPEZ, R., «Protección de datos desde el diseño y por defecto (Artículo 25)», en *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos*, coord. López Calvo, J., Madrid, 2018, pp. 421-426.
- MIRANDA SERRANO, L. M., «Prácticas desleales sobre reseñas online de bienes y servicios», *InDret*, vol. 2, 2023, pp. 155-253.
- MONGE, A.; DE RUSSIS, L., «Towards Understanding the dark patterns that steal our attention», *CHI Conference on Human Factors in Computing Systems Extended Abstracts (CHI'22 Extended Abstracts)*, April 29-May 5, New Orleans, LA, USA, 2022, pp. 1-7. Disponible en: <https://dl.acm.org/doi/10.1145/3491101.3519829> [Último acceso: 9 de febrero de 2024].
- Morales Moreno, A. M., «Comentario a los artículos 1269 y 1270», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. Albaladejo, M.; Díaz Alabart, S., tomo XVII, vol. 1-B, artículos 1261 a 1280, Madrid, 1993, pp. 378-440.
- NEERMAN, P., «Judge: Not clear that hitting order button means you have to pay», *RetailDetail*, August 2022. Disponible en: <https://www.retaildetail.eu/news/general/rechter-niet-duidelijk-dat-wie-bestelt-ook-moet-betalen/> [Último acceso: 23 de febrero de 2024].
- NETFLIX TECHNOLOGY BLOG, «Artwork Personalization at Netflix», *Netflix TechBlog*, December, 2017. Disponible en: <https://netflixtechblog.com/artwork-personalization-c589f074ad76> [Última consulta: 18 de febrero de 2024].
- OECD, «Dark commercial patterns», *OECD Digital Economy Papers*, n.º 336, October 2022, pp. 1-96. Disponible en: <https://www.oecd.org/digital/dark-commercial-patterns-44f5e846-en.htm> [Último acceso: 19 de febrero de 2024].
- «Consumer vulnerability in the digital age», *OECD Digital Economy Papers*, n.º 355, June 2023, pp. 1-80. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DSTI/CP\(2021\)7/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DSTI/CP(2021)7/FINAL/en/pdf) [Último acceso: 19 de febrero de 2024].
- (DEL) OLMO GARCÍA, P., «La imputación subjetiva. La responsabilidad por culpa», *Practicum Daños 2019*, coord. Soler Presas, A., Del Olmo García, P., Navarra, 2019, epígrafes 2/695 a 2/925 (versión electrónica).
- «Comentario al artículo 1902», en *Comentarios al Código civil*, dir. Cañizares Laso, A., tomo V, Valencia, 2023, pp. 8437-8464.
- PALAZÓN GARRIDO, M. L., «Existe un estatuto del consumidor vulnerable tras la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios?», *Revista de Derecho Civil*, vol. X, núm. 4, julio-septiembre 2023, pp. 199-223 [Último acceso: 18 de febrero de 2024]
- PARDO GATO, J. R., *Las páginas web como soporte de condiciones generales contractuales*, Navarra, 2003.
- PASSERA, S., *Beyond the wall of contract text – Visualizing contracts to foster understanding and collaboration within and across organizations*, Aalto University School of Science, 2017. Disponible en: <https://aaltodoc.aalto.fi/items/57056558-3537-4f53-81b4-a52282c7d4fb> [Último acceso: 20 de febrero de 2024]

- PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1902», en *Comentarios al Código civil*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 3.^a ed., Navarra, 2009, pp. 2153-2157.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., «Comentario al artículo 24», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, dir. Cañizares, A., tomo I, Valencia, 2022, pp. 417-429.
- PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., «Comentario al artículo 80», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dir. Cámara Lapuente, S., Madrid, 2011, pp. 696-710.
- Pertíñez Vilchez, F., «Los contratos de adhesión», en *Tratado de contratos*, dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., tomo I, 2.^a ed., Valencia, 2020, pp. 1793-1909.
- PLAZA PENADÉS, J., «Transparencia y patrones oscuros en los servicios de intermediación online», en *Equidad y transparencia en la prestación de servicios*, dir. Cobas Cobiella, M. E., Madrid, 2023, pp. 97-145.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Voz «Consentimiento», *Diccionario de la lengua española*, 2023a. Disponible en: <https://dle.rae.es/consentimiento> [Último acceso: 20 de febrero de 2024]
- Voz «Enlace», *Diccionario de la lengua española*, 2023b. Disponible en: <https://dle.rae.es/enlace#RBVEs3l> [Último acceso: 20 de febrero de 2024]
- RIEGER, S.; SINDERS, C., «Dark patterns: regulating digital design. How digital design practices undermine public policy efforts & how governments and regulators can respond», *Stiftung Neue Verantwortung*, May 2020, pp. 1-28.
- ROSCA, C., «Destination dark patterns: On the EU (digital) legislative train and line-drawing», *Law Blog*, Maastricht University, 2023. Disponible en: <https://www.maastrichtuniversity.nl/blog/2023/04/destination-%E2%80%99dark-patterns%E2%80%99-eu-digital-legislative-train-and-line-drawing> [Última consulta: 12 de febrero de 2024].
- ROSSI, A.; DUCATO, R.; HAAPIO, H.; PASSERA, S., «When design met law: design patterns for information transparency», *Droit de la Consommation*, no. 122-123, 2019, pp. 79-121.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Comentario al artículo 98», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Madrid, 2015, pp. 1483-1500.
- SÁNCHEZ LERÍA, R., «Comentario al artículo 1269», en *Comentarios al Código civil*, dir. Cañizares Laso, A., tomo IV, Valencia, 2023, pp. 5799-5806.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. A., «Cláusulas de elección de fuero en contratos B2B contenidas en condiciones generales accesibles en una web mediante enlace hipertexto», *La Ley Unión Europea*, núm. 110, enero 2023 (versión electrónica).
- SALDARRIAGA, J. I., «Mecanismos aleatorios de recompensa asociados a productos de software interactivo de ocio o “loot-boxes”», en *Nuevas Tecnologías 2023*, ed. Ortega Burgos, E., Valencia, 2023, pp. 459-472.

- SANTOS MORÓN, M. J., «Reflexiones sobre los “requisitos formales” de los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil», en *Estudios Jurídicos Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, dir. Embid Irujo, J. M.; Miquel González, J. M.; Morales Moreno, A. M., Madrid, 2017, pp. 659-677.
- «Tratamiento de datos, sujetos implicados, responsabilidad proactiva», en *Protección de datos personales*, coord. González Pacanowska, I., Valencia, 2020, pp. 23-77.
- «Consumidor y nuevas tecnologías: privacidad y protección de datos», en AA. VV. (Coords. Santos Morón, M. J.; Mato Pacín, M. N.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*, Madrid, Tecnos, 2022, pp. 303-321.
- SANTOS MORÓN, M. J.; MATO PACÍN, M. N., «Reglas generales de protección en la contratación con consumidores», en *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*, coord. Santos Morón, M. J.; Mato Pacín, M. N., Madrid, 2022, pp. 37-56.
- SAS, M., «The Digital Service Act (DSA): A new hope against the dark side of online interfaces?», *KU Leuven*, September 2022. Disponible en: <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/the-digital-service-act-dsa-a-new-hope-against-the-dark-side-of-online-interfaces/> [Última consulta: 12 de febrero de 2024].
- SEIZOV, O.; WULF, A. J.; LUZAK, J., «The transparent trap: a multidisciplinary perspective on the design of transparent online disclosures in the EU», *Journal of Consumer Policy*, no. 42, 2019, pp. 1 – 57.
- SMUHA, N.; AHMED-RENGERS, E.; HARKENS, A.; LI, W.; MACLAREN, J.; PISELLI, R.; YEUNG, K., «How the EU can achieve legally trustworthy: A response to the European Commission’s Proposal for an Artificial Intelligence Act», Agosto 2021. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3899991 [Última consulta: 12 de febrero de 2024].
- SOLÉ FELIU, J., «Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 1, enero-marzo 2018, pp. 55-97.
- SØRENSEN, M. J.; ROTT, P.; SEIN, K., *Response of the European Law Institute to European Commission’s public consultation on digital fairness. Fitness check on EU Consumer Law*, European Law Institute, 2023. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4548650 [Última consulta: 12 de febrero de 2024].
- STANGO, V.; ZINMAN, J., «We are all behavioural, more or less: A taxonomy of consumer decision making», NBER Working Paper no. 28138, November 2020, pp. 1-74. Disponible en: <https://ideas.repec.org/p/nbr/nberwo/28138.html> [Último acceso: 19 de febrero de 2024].
- SUSSER, D., «Notice after notice-and-consent: Why privacy disclosures are valuable even if frameworks aren’t», *Journal of Information Policy*, vol. 9, 2019, pp. 37-62. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3346167 [Último acceso: 19 de febrero de 2024].

- TREITEL, G. H., *The Law of contract*, 8th ed., London, 1991.
- VEALE, M.; ZUIDERVEEN, F., «Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act. Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach», *Computer Law Review International*, no. 4, 2021, pp. 97-112. Disponible en: <https://www.semanticscholar.org/paper/Demystifying-the-Draft-EU-Artificial-Intelligence-%E2%80%94-Veale-Borgesius/8b165eba2d0b9308682fdc4d775c00d1d3907a59> [Último acceso: 19 de febrero de 2024].
- VEGA VEGA, J. A., «Artículo 32. Acciones», en *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 2011, pp. 847-887.
- VILASAU SOLANA, M., «El consentimiento general y de menores», en *Tratado de protección de datos*, dir. Rallo Lombarte, A., Valencia, 2019, pp. 197-250.
- ZAC, A.; HUANG, Y.-H.; MOLTKE, A.; DECKER, C.; EZRACHI, A., *Dark patterns and consumer vulnerability*, August 2023, pp. 1-53. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4547964 [Último acceso: 19 de febrero de 2024].

María Natalia Mato Pacín

M.^a Natalia Mato Pacín es profesora de Derecho civil en la Universidad Carlos III de Madrid. Licenciada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas, se doctoró en la UC3M con la tesis «Cláusulas abusivas y empresario adherente», publicada en esta misma colección y merecedora del XVIII Premio Sancho Rebullida a la mejor tesis en Derecho civil defendida en su año en España.

Su investigación se centra en el Derecho de contratos, Derecho de consumo, Derecho digital y Derecho de fundaciones. Ha sido Secretaria de la Junta de Arbitraje de Consumo de la Zona Noroeste de la Comunidad de Madrid y es Investigadora Principal de un Proyecto de investigación nacional e interdisciplinar sobre optimización de la transparencia en los contratos en línea financiado por la Fundación Ramón Areces.

La digitalización de la sociedad y el hecho de que el contacto entre usuario y empresario se produzca a través de la interfaz de un dispositivo ha llevado a que el diseño de las páginas web y aplicaciones informáticas cobre una gran relevancia, también desde el punto de vista jurídico. Siguiendo la idea del *legal design*, el éxito de la comunicación con el usuario a través de la interfaz no solo depende del contenido de la información sino también del modo en que se proporciona dicha información o se estructura un proceso. Además, la especial vulnerabilidad del usuario en internet se ha visto intensificada por el *big data* y la inteligencia artificial, lo que hace que el uso de las técnicas de diseño en línea esté en el punto de mira de las autoridades reguladoras de todo el mundo.

Partiendo de este escenario, la presente obra pretende ofrecer una aproximación al fenómeno de las interfaces de usuario y una visión actual, clara y estructurada de aquellos aspectos que pueden ser relevantes jurídicamente, tomando en consideración tanto la normativa y jurisprudencia europeas como las de ámbito nacional. Por un lado, se sistematizan aquellas manifestaciones ya existentes en nuestro ordenamiento que demuestran una preocupación por el diseño en el ámbito digital así como algunas iniciativas para un mejor diseño del proceso de contratación en línea. Por otro, y como parte central de la monografía, se estudia especialmente la actual figura de los patrones oscuros o *dark patterns*, como prácticas de diseño que se incluyen en la actualidad en las interfaces y que influyen de forma negativa en el comportamiento del usuario en internet, llevándole a actuar en contra de sus intereses. Se analiza críticamente el marco normativo de aplicación a los patrones oscuros, incrementado considerablemente en los últimos años. Y se valora, respecto de cada una de las normas relevantes, no solo las posibilidades de protección de derecho sustantivo, sino también los mecanismos procesales de tutela -en su dimensión individual y colectiva-, ofreciendo una visión precisa y completa de los límites jurídicos actuales frente a estas técnicas de diseño digital engañosas.