

31 de agosto de 2021

INFORME:

Consideraciones prácticas del levantamiento de *Dark Patterns* en el comercio electrónico

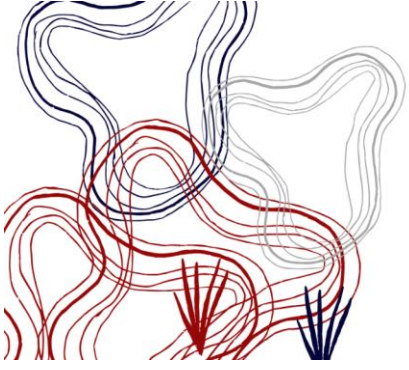
1. Concepto de *Dark Patterns*

El término *dark patterns* fue acuñado por Harry Brignull, un experto en ciencias cognitivas, el año 2010, y se refiere a aquellas estrategias que se utilizan en los sitios web y aplicaciones que obligan a las personas a hacer cosas que no quieren, como comprar o registrarse en algo¹. En ese mismo sentido, la Federal Trade Commission de Estados Unidos se ha referido a ellos del siguiente modo: “(...) una gama de diseños de interfaz de usuario, potencialmente manipuladoras usados en sitios web y aplicaciones móviles”².

En agosto de este año, el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) publicó un informe acerca del uso de *dark patterns* en una muestra de las empresas participantes del Cyber

¹ Darkpatterns.org

² Federal Trade Commission (2021), *Bringing Dark Patterns to Light: An FTC Workshop*, disponible en: <https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/bringing-dark-patterns-light-ftc-workshop>.



Monday de noviembre del año 2020³. Este informe representa un primer acercamiento del SERNAC para examinar estas conductas, y cuya etapa posterior considera la realización de un estudio acerca de cuáles de estos *dark patterns* vulnerarían los derechos reconocidos en la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (Ley del Consumidor) y que podrían ser materia de fiscalización o investigación en un caso en que esté comprometido el interés colectivo de los usuarios.

El informe del SERNAC identifica los tipos más comunes de *dark patterns*, resume los resultados del levantamiento y entrega ejemplos de cada una de estas conductas por las empresas. A continuación, analizaremos los efectos del uso de *dark patterns* desde la perspectiva del Derecho del Consumidor, Protección de Datos Personales y Libre Competencia.

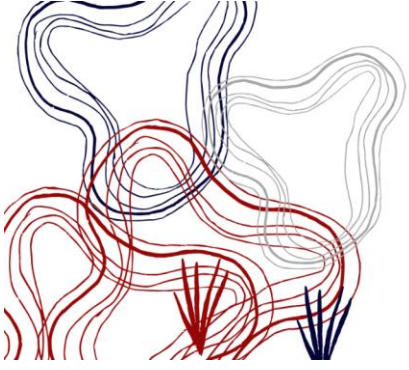
2. Consideraciones desde la perspectiva del Derecho del Consumidor

De acuerdo al informe, el uso de *dark patterns* por los proveedores no está regulado expresamente en la legislación chilena, sin embargo, en tanto se desarrollan dentro de una relación de consumo, existen algunos tipos que se podrían considerar regulados bajo la Ley del Consumidor, tales como:

- a) Artículo 1, N° 3 en que se define como información básica comercial: “(...) *los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica (...) [y] deberá ser suministrada al público por medios que aseguren un acceso claro, expedito y oportuno*”⁴. Conforme la interpretación del SERNAC, varios de los *dark patterns* podrían estimarse

³ SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2021), *Informe de Resultados de Levantamiento de Dark Patterns en Comercio Electrónico*, disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/619/articles-62983_archivo_01.pdf>.

⁴ Ley N° 19.496, artículo 1°, numeral 3, incisos 1° y 4°.



que infringen esta norma tales como “desviar la atención”⁵, “obstáculos en la comparación de precios”⁶, y “continuidad forzada o suscripciones ocultas”⁷, entre otros.

- b) Artículo 12 A, inciso 2°, que señala: *“La sola visita del sitio de internet en el cual se ofrece el acceso a determinados servicios, no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado de forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor”*⁸. Si el proveedor manipula al consumidor a través del uso de un *dark patterns*, se podría entender que el consentimiento o la aceptación no ha sido otorgada de manera inequívoca. Sobre este punto, es importante precisar que el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo, conforme se encuentra expresamente consagrado en el artículo 3° letra a) de la Ley del ramo.
- c) Artículo 30, inciso 2°, que regula el precio, señalando que: *“(…) deberá indicarse de un modo claramente visible que permita al consumidor, de manera efectiva, el ejercicio de su derecho a elección, antes de formalizar o perfeccionar el acto de consumo”*⁹. En este caso, los *dark patterns* de “costos ocultos o precios por goteo”¹⁰ y “colarse en el carrito de compra”¹¹ estarán infringiendo este artículo.

⁵ “El diseño centra su atención a propósito en una cosa para distraerla de otra. Implica utilizar imágenes, el lenguaje y la emoción para dirigir a los usuarios hacia o lejos de hacer una elección particular.” (SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2021), p. 8).

⁶ “La empresa dificulta comparar el precio de un artículo con otro artículo, por lo que no puede tomar una decisión informada.” (SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2021), p. 8).

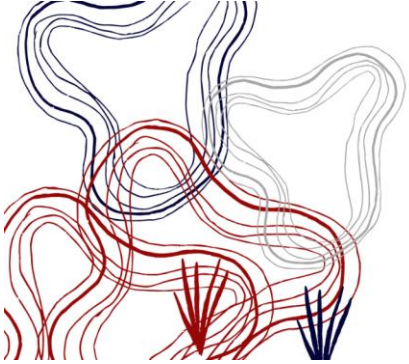
⁷ “Cuando finaliza su prueba gratuita con un servicio y su tarjeta de crédito comienza a cargarse silenciosamente sin previo aviso. En algunos casos, esto empeora aún más al dificultar la cancelación de la membresía.” (SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2021), p. 9).

⁸ Ley N° 19.496, artículo 12A, inciso 2°.

⁹ Ley N° 19.496, artículo 30, inciso 2°.

¹⁰ “Llega al último paso del proceso de pago, solo para descubrir que han aparecido algunos cargos inesperados, ej. gastos de envío, impuestos, etc.” (SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2021), p. 8).

¹¹ “Intenta comprar algo, pero en algún momento del proceso de compra, el sitio introduce un artículo adicional en su canasta, a menudo mediante el uso de un botón de opción de exclusión



Un tema relevante es la interacción entre estos *dark patterns* y las normas sobre Promociones y Ofertas, en especial porque las conductas identificadas por el SERNAC se refieren, en su mayoría, a ofertas, las que, conforme dispone la Ley del Consumidor, deben cumplir con ciertos estándares mínimos, entre otros, indicar el stock disponible y el tiempo de duración de la oferta. Pues bien, en algunos casos será complejo determinar o comprobar la veracidad de esta información entregada por el proveedor en sus ofertas y si ella efectivamente corresponde al cumplimiento de los requerimientos legales, o bien, pueden configurar hipótesis de *dark patterns* y por tanto, contrarias a la regulación de consumo y a la protección de los derechos de los consumidores¹².

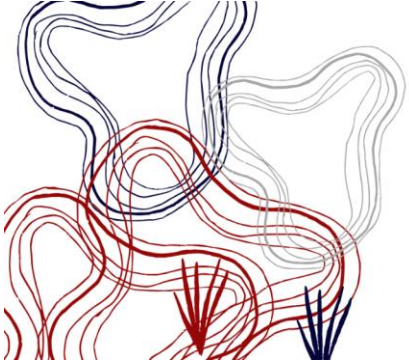
Por último, a nivel comparado ya se han considerado algunos de estos *dark patterns* como contrarios a las normas de protección de los derechos del consumidor. Tal es el caso de la empresa “Age of Learning Inc.” que arribó a un acuerdo con la Federal Trade Commission de Estados Unidos para enervar una demanda en su contra, la que había sido interpuesta por no entregar información importante a los consumidores, dirigiéndolos a renovar o cargar las suscripciones sin su consentimiento.

3. Consideraciones desde la perspectiva de la Protección de Datos Personales

Así como el uso de los *dark patterns* influye en las decisiones de los consumidores, desde la perspectiva de los datos personales, el uso de dichas herramientas también afecta las decisiones de los usuarios para que entreguen más datos y acepten opciones son más invasivas para su privacidad.

voluntaria o una casilla de verificación en una página anterior.” (SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2021), p. 8).

¹² Esta dificultad se hace más nítida cuando nos encontramos frente a ofertas masivas y limitadas, como ocurre con el denominado “Cyber Day”.

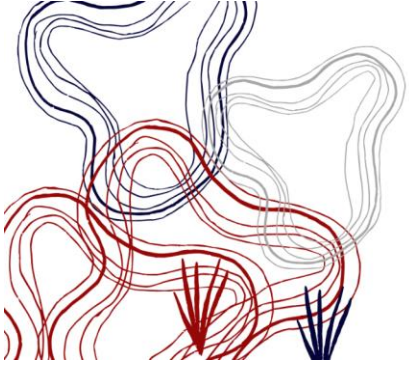


El Reporte “Deceived by Design” que preparó el Consejo Nacional de Consumidores noruego (NCC) del 27 de junio de 2018, resume los hallazgos efectuados por dicho órgano respecto las configuraciones de 3 empresas de tecnología¹³.

De acuerdo a dicho reporte, se pudo identificar el uso de diversas técnicas destinadas a manipular a los usuarios, tales como:

- a) Implementación de ajustes intrusivos para la privacidad, por ejemplo, tener preseleccionada la opción de que se ofrezca publicidad personalizada.
- b) Redacción engañosa o confirmshaming en que se presentan sólo los aspectos positivos de una opción, sin informar los negativos.
- c) Dar a los usuarios una ilusión de control, en que se manipula a los usuarios a creer que tienen control sobre sus datos, lo que provoca que sean más susceptibles de entregar más datos.
- d) Ocultar las opciones que ofrecen mayor privacidad.
- e) Opciones de tomar o dejar, donde se recompensan las opciones “correctas” ofreciendo mayores funcionalidades o un mejor servicio, o se castiga elegir las opciones que ofrecen mayor privacidad.
- f) Arquitecturas de elección en que la opción más respetuosa con la privacidad requiere un mayor esfuerzo por parte de los usuarios, por ejemplo, aceptar las cookies, requiere simplemente apretar el botón aceptar, pero si se quieren rechazar el usuario es dirigido a otra página donde debe seleccionar cada una de las opciones que rechaza.

¹³ Forbrukerrådet (2018), *Deceived by Design*, disponible en: < <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2018/06/2018-06-27-deceived-by-design-final.pdf>>



Conforme al mencionado reporte de la NCC, la utilización de *dark patterns* para el procesamiento de datos personales sería contrario a los siguientes principios reconocidos internacionalmente en relación con estas materias:

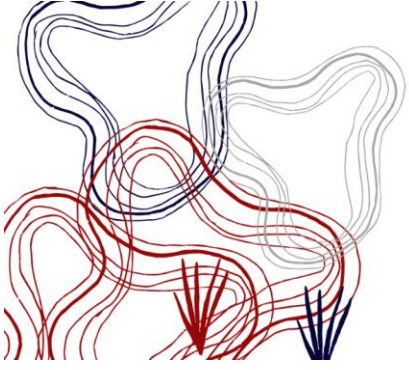
- a) Licitud, lealtad y transparencia: Los datos personales deben ser tratados de manera lícita, leal y transparente.
- b) Limitación de la finalidad: Los datos personales deben ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines.
- c) Minimización de datos: Los datos personales serán adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados.
- d) Protección desde el diseño y por defecto: La protección de datos se deberá tener en cuenta en la fase de diseño de cualquier sistema, servicio, producto o proceso y, posteriormente, durante todo el ciclo de vida, y se deberán tratar solamente los datos que son necesarios para lograr su propósito específico.

4. Consideraciones desde la Libre Competencia

Si bien en Chile la Fiscalía Nacional Económica no ha presentado casos por estos temas, en jurisdicciones comparadas se han sancionado algunos tipos de *dark patterns* como prácticas comerciales desleales. Este es el caso de la Autoridad de Competencia Italiana, sancionó a Facebook por: (i) no entregar información directa, clara y completa en la fase de registro; y, (ii) preseleccionar la opción de “compartir los datos del usuario” sin consentimiento explícito¹⁴.

Una práctica de este tipo podría considerarse como un tipo de abuso de posición

¹⁴ Resolución de Autoridad Italiana de Competencia de fecha 29 de noviembre de 2018.



dominante, si por ejemplo, hace que los consumidores compren cosas que no quieren o entreguen más datos sin saberlo. Para ello debería acreditarse la posición dominante del actor que realiza el *dark pattern* y además el abuso.

Siguiendo la línea del caso italiano, los *dark patterns* podrían ser considerados como una práctica de competencia desleal si se utilizan medios ilegítimos para desviar clientela de un agente del mercado. En este sentido, las prácticas de competencia desleal realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante son objeto de reproche en sede de Libre Competencia.

5. Recomendaciones del SERNAC

Sobre este tipo de conductas, el SERNAC entregó las siguientes recomendaciones preliminares:

- a) Informar a los consumidores sobre estas prácticas para disminuir el daño y generar mecanismos de detección y denuncia ciudadana, mediante campañas informativas e instancias de conversación con las asociaciones de consumidores.
- b) Realizar encuestas a los consumidores para identificar los *dark patterns* que consideran más dañinos.
- c) Crear un calificador de los sitios web que utilizan *dark patterns*.
- d) Automatizar el proceso de identificación y búsqueda de *dark patterns*.
- e) Crear instancias de conversación con cámaras de comercio o distintas asociaciones de empresas para cambiar estas prácticas.

BARROS & ERRÁZURIZ