

Alicia Maddio y Leticia Baley

Patrones oscuros: la expansividad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos

El pasado 20 de septiembre de 2023, la Agencia Española de Protección de Datos (“AEPD”) publicó una resolución sin precedentes¹ (la “**Resolución**”). Se trata de un procedimiento sancionador en el que, por primera vez, la AEPD castiga conductas relacionadas con la inclusión de *patrones oscuros* en internet, conectando esta práctica con el incumplimiento del deber de información establecido en el artículo 13 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (“**RGPD**”). La cuantía de la sanción asciende a 12.000 € (de los cuales, 7.000 € se imponen por el incumplimiento del deber de información y 5.000 € por el uso de *patrones oscuros*).

Los *patrones oscuros*, conocidos en inglés como *dark patterns*, son interfaces o implementaciones de experiencia de usuario destinadas a influenciar en el comportamiento y en las decisiones de los usuarios de las páginas web, *apps* y redes sociales, de forma que tomen decisiones supuestamente perjudiciales para la protección de sus datos personales². Además, otro punto a destacar en este caso es el origen de la sanción, que radica en la **reclamación interpuesta por una cooperativa de telecomunicaciones** española sin ánimo de lucro a la luz del artículo 82 del RGPD.

☰ Tipos de *patrones oscuros*

El Comité Europeo de Protección de Datos (“**CEPD**”) ha elaborado un listado de las distintas categorías de *patrones oscuros* que pueden tener incidencia en la privacidad de los interesados, habiéndose hecho eco la propia AEPD de dicha categorización³:

- **Sobrecarga (*overloading*)**: generan fatiga sobre el usuario, presentándole demasiadas posibilidades para que comparta más información de la deseada (p. ej., textos legales muy extensos).
- **Ocultación (*skipping*)**: a través del diseño de la interfaz distraen al usuario para que no piense en su privacidad (p. ej., se informa sobre datos superfluos, omitiendo advertencias relevantes).
- **Emocionales (*stirring*)**: emplean efectos visuales para influenciar en las decisiones

☰ Criterio empleado por la AEPD para fijar la sanción por utilización de *patrones oscuros*

La AEPD aprecia la infracción del **principio de lealtad y transparencia** (artículo 5.1.a y Considerando (39) del RGPD) al identificar *patrones oscuros* de sobrecarga y ocultación por los siguientes motivos:

- Ausencia de un botón único que permita al usuario oponerse al tratamiento de sus datos por parte de 130 proveedores.
- Hallarse marcada la casilla de aceptación por defecto en más de la mitad de los proveedores.

Además, la AEPD emplea las siguientes circunstancias para agravar y graduar la cuantía de la sanción:

- La AEPD considera como circunstancia agravante el alcance o **propósito de la operación de tratamiento** desarrollada (artículo 83.2.a).

1. Resolución del procedimiento sancionador PS/00080/2023. Disponible en: <https://www.aepd.es/documento/ps-00080-2023.pdf>

2. *Guidelines* del Comité Europeo de Protección de datos. Disponible en: https://edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_03-2022_guidelines_on_deceptive_design_patterns_in_social_media_platform_interfaces_v2_en_o.pdf

3. Para más información, la AEPD en su blog publicó el 19 de mayo de 2022 la entrada *Dark patterns: Manipulación en los servicios de Internet*, disponible en: <https://www.aepd.es/prensa-y-comunicacion/blog/dark-patterns-manipulacion-en-los-servicios-de-internet>

de los usuarios (p. ej., utilización de negrita, subrayado, colores o efectos para las opciones menos restrictivas).

- **Obstaculización (*hindering*):** dificulta la realización de acciones de forma sencilla por parte del usuario (p. ej., añadir pasos innecesarios).
- **Inconsistencia (*fickle*):** la interfaz se diseña de forma inestable e incoherente, entorpeciendo la comprensión del tratamiento de datos que se va a realizar y dificultando la toma de decisiones (p. ej., al pinchar en una opción se cambia el idioma automáticamente).
- **Finalidad de enturbiar (*left in the dark*):** la información u opciones de configuración de privacidad se esconden o se presentan de forma poco clara utilizando lenguaje errático, información contradictoria o ambigua.

- Adicionalmente, la AEPD impone una segunda agravante por considerar que la **actividad** que desarrolla la empresa – destinada a poner en contacto a abogados con potenciales clientes – **está estrechamente vinculada al tratamiento de datos personales** (artículo 76.2.b) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales).

¿Por qué es relevante esta resolución?

1. Si bien la AEPD introduce este tipo de conductas en su Guía de Protección de Datos por Defecto⁴, es el primer caso en el que sanciona a un responsable del tratamiento por la utilización de *patrones oscuros*.
2. Hasta la fecha, estas prácticas se sancionaban con base en alguna otra infracción de la normativa de consumidores y usuarios, o, incluso, por la AEPD, si bien sin utilizar dicha calificación, más propia de otros sectores.
3. A partir de ahora, podría producirse un solapamiento de procedimientos sancionadores, por un lado en materia de consumidores y usuarios, y por otro, por infracción de la normativa de protección de datos.
4. La tendencia a nivel europeo parece indicar que las autoridades de otros Estados miembros también han puesto el foco en este tipo de conductas⁵.

Principales servicios en la red expuestos a este tipo de infracciones

Redes sociales

Los usuarios comparten un volumen elevado de información personal y se ven expuestos a muchos procesos de aceptación del tratamiento de sus datos.

Videojuegos

Los usuarios pueden interactuar con *publishers* mediante acciones que pueden tener un impacto en sus derechos o que impliquen la aceptación por parte de estos de condiciones económicas particulares (por ejemplo, a través de la adquisición de cajas de recompensas o *loot boxes*).

4. Disponible en: <https://www.aepd.es/documento/guia-proteccion-datos-por-defecto.pdf>

5. La autoridad italiana (*Garante per la Protezione dei Dati Personali*) también ha sancionado por primera vez a una empresa por utilización de *patrones oscuros*, imponiéndole una multa de 300.000 €. Resolución disponible en: <https://garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870014#>

Sitios web dirigidos a consumidores

En aquellos sitios web en los que los interesados puedan crearse cuentas de usuario hay distintas fases susceptibles de introducir este tipo de patrones (primera visita – banner y política de cookies –, política de privacidad, distintos consentimientos, etc.).

¿Cómo evitar cometer este tipo de infracciones?

1. Tener presente en todo momento los **principios de lealtad y transparencia** enunciados en el RGPD, así como la normativa en materia de consumidores y usuarios.
2. Garantizar la **protección de datos desde el diseño y por defecto** (por ejemplo: en el momento de introducir la opción de realizar compras dentro de un videojuego, garantizar que los usuarios pueden rechazar esta opción de una forma sencilla desde la fase de producción y diseño de la aplicación).
3. Conocer en profundidad las recomendaciones del CEPD e integrar mecanismos que permitan al usuario controlar el destino de sus datos personales.

Algunos de los mecanismos recomendados por el CEPD para prevenir sanciones

Atajos (*shortcuts*)

Introducir enlaces visibles dentro de la interfaz que lleven directamente al usuario a la configuración de privacidad para que pueda ejercer sus derechos y ajustar sus preferencias.

Agrupamiento de los parámetros (*bulk options*)

Concentrar todos los ajustes relativos a una misma finalidad de tratamiento de datos, para que los usuarios puedan modificar sus preferencias de forma sencilla, en una misma acción.

Uso de lenguaje coherente

Prestar especial atención a que las definiciones y términos relativos a la protección de datos sean los mismos en cualquier apartado de la interfaz, de cara a facilitar la comprensión para el usuario.

¿Abre esta resolución la puerta a reclamaciones de daños masivas por el uso de patrones oscuros?

El reconocimiento de esta sanción por parte de la AEPD implica un riesgo para responsables del tratamiento por los siguientes motivos:

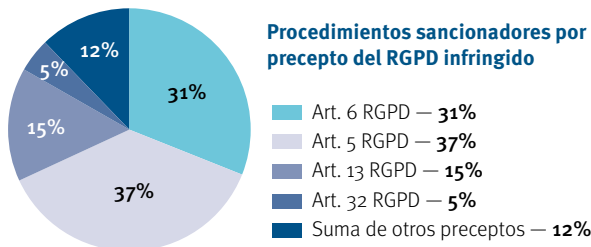
Cuestiones generales

- La reclamación que derivó en esta Resolución sancionadora fue presentada por una cooperativa de **telecomunicaciones española sin ánimo de lucro** que presta servicios de defensa de usuarios.
- Lo anterior evidencia que distintos agentes dinamizadores ya se han organizado para interponer reclamaciones en representación de interesados afectados.

Cuestiones particulares

- Por su propia naturaleza, el uso de *patrones oscuros* puede impactar a una **pluralidad de usuarios** y no a un número limitado, por lo que el riesgo de una afectación masiva es elevado.
- Los *patrones oscuros* pueden llevar al usuario a realizar **acciones fácilmente cuantificables desde la perspectiva de reclamaciones de daños** (por ejemplo, suscripción del consumidor a

- El RGPD abre la puerta a reclamaciones masivas para solicitar una **indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de una infracción del RGPD**. Concretamente, la legitimación de estas acciones viene establecida en el artículo 82 RGPD, en relación con el considerando (146).
- El pasado 23 de mayo de 2023 el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**⁶ aclaró las dudas interpretativas que podían existir sobre la aplicación práctica del artículo 82 del RGPD, estableciendo que este será de aplicación cuando, de manera cumulativa:
 - i) Se haya producido una infracción del RGPD.
 - ii) Sea posible apreciar la existencia efectiva de daños y perjuicios.
 - iii) Exista una relación de causalidad entre los daños y la infracción.
- La AEPD relaciona la inclusión de *patrones oscuros* (infracción del artículo 5.1.a RGPD) con el incumplimiento del deber de información (artículo 13 RGPD), siendo estos los preceptos con mayor incidencia sancionadora por parte de la AEPD⁷:



6. Sentencia del TJUE disponible aquí: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=2EB8A1175E9096F7BB3Bo8C-C86255693?text=&docid=273284&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2541832>

7. Gráfico de elaboración propia, partiendo de la información publicada en el sitio web de la AEPD (sección Resoluciones) y filtrando por tipo de procedimiento (Procedimiento sancionador) y Ley (RGPD) desde el año 2018.

servicios de pago o compartir más información de la deseada).

- El hecho de que la AEPD haya señalado por primera vez esta conducta como sancionable, puede dar paso a una **definición más estricta de estas figuras**, que implique a su vez una **identificación de las irregularidades de forma automatizada** por parte de los interesados.
- El uso de *patrones oscuros* puede apreciarse en una **pluralidad de situaciones** muy variadas, ejerciendo mucha presión sobre los responsables del tratamiento para garantizar un nivel de cumplimiento adecuado en todos los niveles:
 - En el primer momento en el que se **desarrolla un software o sitio web** es necesario garantizar que este es, por defecto, respetuoso con la normativa de protección de datos y de consumidores y usuarios, y no impone cargas innecesarias a estos al realizar acciones.
 - Posteriormente, a la hora de **diseñar y configurar la interfaz gráfica**, es necesario garantizar la toma de decisiones de forma sencilla y transparente por parte de los usuarios.
 - Adicionalmente, los textos legales deben emplear un lenguaje claro y directo, favoreciendo el cumplimiento del deber de información y evitando la ocultación de detalles relevantes sobre el tratamiento de los datos.

CONTACTOS



Raúl Rubio
Socio de Propiedad Intelectual,
Industrial y Tecnología
rrubio@perezllorca.com
T. +34 91 353 45 59



Andy Ramos
Socio de Propiedad Intelectual,
Industrial y Tecnología
aramos@perezllorca.com
T. +34 91 423 20 72

www.perezllorca.com | Madrid | Barcelona | London | New York | Brussels | Singapore | Lisbon

YA DISPONIBLE | Nueva App Pérez-Llorca

La información contenida en esta Nota Jurídica es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico.

Este documento ha sido elaborado el 26 de octubre de 2023 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

