

“Dark commercial patterns” o “Patrones comerciales oscuros” en el Perú: Comentarios sobre su licitud y evaluación en materia de protección al consumidor

“Dark commercial patterns” in Peru: Comments on their legality and evaluation in terms of consumer protection

— Karina Leticia Olano Rodríguez* y José Sebastián Loaiza Tapia** —

Resumen

Este artículo explora los patrones comerciales oscuros, su definición, elementos principales y modalidades. Estas prácticas están ganando relevancia en los canales de comercio virtual, preocupando a los organismos competentes por su potencial impacto en la libertad de elección de los consumidores. En Perú, la normativa de protección al consumidor podría permitir que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) sancione estas prácticas mediante métodos comerciales coercitivos, agresivos o engañosos. Dado el limitado precedente jurídico en Perú, es crucial examinar la regulación y jurisprudencia comparada para proteger los derechos de los consumidores sin restringir injustificadamente la innovación comercial. Es fundamental encontrar un equilibrio que permita a los proveedores ejercer su derecho a la iniciativa privada y promover ventas a través de información precisa en sus publicaciones.

Palabras clave

Patrones comerciales oscuros, Protección al consumidor, Soberanía del Consumidor, Marketing y publicidad, Protección de datos personales.

Abstract

This article explores dark patterns in commerce, including their definition, key elements, and modalities. These practices are increasingly relevant in virtual commerce channels, raising concerns among competent bodies regarding their potential infringement on consumer choice freedom. In Peru, consumer protection regulations could empower the National Institute for the Defense of Competition and the Protection of Intellectual Property (Indecopi) to apply coercive, aggressive, or deceptive commercial methods to sanction such practices. Given the limited legal precedent in Peru, it's crucial to examine comparative regulation and jurisprudence to better understand how to resolve these cases, aiming to protect consumer rights without unjustifiably restricting commercial innovation. Finding a balance that allows providers to exercise their right to private initiative and promote sales through accurate information in their publications is essential.

Keywords

Dark commercial patterns, Consumer protection, Consumer sovereignty, Marketing and advertising, Protection of personal data.

* Abogada titulada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socia en el área de Competencia, Protección al Consumidor y Protección de Datos Personales de BBS Abogados Perú. Especialista en temas de Protección al Consumidor, Competencia Desleal y Libre Competencia y Protección de Datos Personales. Contacto: kolano@sacovertiz.com

** Abogado titulado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado asociado en el área de Competencia, Protección al Consumidor y Protección de Datos Personales de BBS Abogados Perú. Especialista en temas de Protección al Consumidor, Competencia Desleal y Libre Competencia y Protección de Datos Personales. Contacto: sloaiza@sacovertiz.com

1. Introducción

¿Resulta posible que un proveedor utilice prácticas que provoquen que sus consumidores tomen decisiones perjudiciales para ellos mismos? ¿Qué protección legal existe para un consumidor frente a la aplicación de dichas prácticas? ¿Su regulación (y, especialmente, su sanción) podría afectar la libre iniciativa privada de los agentes económicos en cuanto a sus estrategias de marketing?

En los últimos años, diversos académicos y organismos internacionales vienen prestando cada vez mayor atención a (y preocupación respecto de) las prácticas conocidas como “patrones comerciales oscuros” o simplemente “patrones oscuros” (término creado por el especialista en diseño Harry Brignull en el 2010), lo que en nuestro país se viene presentado con el Indecopi (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual).

Es así como a nivel internacional se han venido realizando investigaciones y análisis sobre su naturaleza y efectos en los consumidores, con la finalidad de estudiar la mejor manera de prevenir y atender las que serían sus consecuencias nocivas para los consumidores ante la que se percibe como una acelerada proliferación en los medios virtuales relacionado al crecimiento del comercio virtual, realidad de la que no es excepción el Perú.

Así, por mencionar solo unos ejemplos, el Comité de Política del Consumidor de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)¹, el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) de Chile², la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés)³ y la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés) de Estados Unidos⁴ han emitido reportes e informes de sus respectivos hallazgos sobre la cuestión.

Cabe adelantar que la causa de la preocupación de las referidas entidades sobre el efecto que tendría

la realización de estas prácticas radica en la afectación a la soberanía de los consumidores al efectuar aquellas decisiones de consumo en el mercado que irían contra sus mejores intereses. Así, de acuerdo con esta evaluación sobre aquellas, nos encontraríamos frente a técnicas de marketing que, en la búsqueda por promover la adquisición de un producto o contratación de un servicio, influyen en su comportamiento al grado que atentaría contra la soberanía de los consumidores.

Por tales motivos, consideramos que tener un mayor acercamiento a los patrones comerciales oscuros, entender en qué casos podrían configurarse, si en el marco regulatorio actual se encuentra prevista su prohibición, cómo podrían ser evaluados y sancionados por la autoridad, así como generar discusión sobre aquellos resulta fundamental para que tanto proveedores como consumidores puedan contar con mayores elementos para advertir en qué casos nos encontraríamos ante aquellos y prever una potencial sanción impuesta por el Indecopi.

En ese sentido, a través del presente artículo, pretendemos brindar una sucinta introducción al concepto de los patrones comerciales oscuros, así como de la jurisprudencia y regulación tanto nacional como extranjera que les resultaría aplicable, para finalmente brindar nuestros comentarios y crítica sobre la materia.

2. ¿Qué son los patrones comerciales oscuros? ¿Qué conceptos jurídicos relacionados a ellos resulta importante tomar en cuenta al analizarlos?

2.1 Definición y principales características

De acuerdo con la definición propuesta por el Comité de Política del Consumidor de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en el reporte Dark Commercial Patterns de octubre de 2022, los patrones comerciales oscuros serían:

1 Dark Commercial Patterns OECD Digital Economy Papers, octubre 2022, N° 336. Disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/44f5e846-en.pdf?expires=1700738082&id=id&accname=guest&checksum=EF4D1C6A2C7C8BE3BFC1C9F603F933DD>.

2 Informe de resultados de levantamiento de dark patterns en comercio electrónico. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/607/articles-62983_archivo_01.pdf

3 Report on Consumer Education and Business Guidance on “Dark Commercial Patterns”. Disponible en: https://unctad.org/system/files/information-document/ccpb_WG_EC_Report_Dark_commercial_patterns_en.pdf

4 Bringing Dark Patterns to Light. Staff Report, septiembre 2022. Disponible en: https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/P214800%20Dark%20Patterns%20Report%209.14.2022%20-%20FINAL.pdf



Prácticas comerciales que emplean elementos de arquitectura de elección digital, en particular en interfaces de usuario online, que subvierten o perjudican la autonomía del consumidor, su toma de decisiones o elecciones. Con frecuencia engañan, coaccionan o manipulan a los consumidores y probablemente causen detrimento directo o indirecto a los consumidores de varias maneras, aunque puede ser difícil o imposible medir dicho detrimento en muchas ocasiones.

En ese sentido, los patrones comerciales oscuros son aquellas prácticas de marketing utilizadas por los proveedores a través de medios virtuales (aplicativos, plataformas electrónicas, portales web, entre otros) que tienen el efecto de influenciar en los consumidores en tal grado que estos puedan tomar decisiones de consumo que les ocasionen un perjuicio que no se habría presentado de no utilizarse aquellas prácticas que los distraen o confunden durante su toma de decisión.

Entonces, podemos destacar los siguientes elementos comunes que caracterizan a los patrones comerciales oscuros en sus diversas modalidades:

- Se encuentran implementados dentro de las interfaces virtuales del proveedor (portales web, aplicativos, entre otros).
- Tienen la capacidad de influenciar a los consumidores a través de la coerción, el engaño o algún tipo de manipulación, perjudicando su autonomía y toma de decisiones, en su detrimento.
- El detrimento ocasionado es difícil de medir, pudiendo presentarse en la economía del consumidor, la privacidad de sus datos, entre otros.

Al respecto, pensemos por ejemplo en un anuncio llamativo dentro del portal web de un proveedor en el que se resalta que únicamente se encuentra disponible una única existencia de un determinado producto. Evidentemente, la intención detrás de la inclusión de dicho aviso consiste en influenciar a los consumidores que lo visualicen a acelerar el proceso de toma de decisión, en atención al temor que se generaría por tardar mucho en aquella y que otro consumidor se le pudiese adelantar en la compra del referido ejemplar restante. Siguiendo la crítica a los patrones comerciales oscuros, dicha premura generada en el consumidor para tomar una decisión de consumo podría tener como efecto que aquel no analice debidamente los beneficios o perjuicios asociados a adquirir dicho producto (relacionados a, por ejemplo, la adquisición de un producto alternativo, la adquisición del producto a

otro proveedor o en otra oportunidad o, inclusive, la no adquisición del producto, entre otros posibles escenarios).

Ahora bien, el ejemplo antes comentado es tan solo una de las diversas formas que pueden tomar los patrones comerciales oscuros; no obstante, todos comparten los elementos de la descripción antes señalada.

2.2 Soberanía del consumidor y decisiones de consumo

Conforme hemos adelantado líneas arriba, los conceptos de soberanía del consumidor y su toma de decisiones de consumo resultan fundamentales para comprender la relevancia que han tomado los patrones comerciales oscuros. En primer lugar, debemos tener presente el Principio de Soberanía del Consumidor, respecto del cual la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (2010) señala que este consiste en que “las normas de protección al consumidor fomentan las decisiones libres e informadas de los consumidores, a fin de que con sus decisiones orienten el mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos” (Artículo V, art. 1).

Precisamente, son aquellas decisiones libres e informadas las que determinarían qué características tendrá la oferta de productos y servicios provistos por los proveedores en el mercado, quienes se verán recompensados obteniendo la preferencia de los consumidores que representen su público objetivo cuando aquella oferta coincida con las demandas de estos últimos. Al respecto, Von Mises (2021) señala lo siguiente:

En la sociedad de mercado corresponde a los empresarios la dirección de los asuntos económicos. Ordenan la producción. Son los pilotos que dirigen al navío. A primera vista, podría parecernos que son ellos los supremos árbitros. Pero no es así. Están sometidos incondicionalmente a las órdenes del capitán, el consumidor. Ni los empresarios ni los terratenientes ni los capitalistas deciden qué bienes deban ser producidos. Eso corresponde exclusivamente a los consumidores. Cuando el hombre de negocios no sigue, dócil y sumiso, las directrices que, mediante los precios del mercado, el público le marca, sufre pérdidas patrimoniales, se arruina y acaba siendo relevado de aquella eminente posición que ocupa al timón de la nave. Otras personas, más respetuosas con los mandatos de los consumidores, serán puestas en su lugar. (p. 497)

Por lo anteriormente mencionado, resulta claro que proteger y resguardar la soberanía del consumidor no tiene solo especial relevancia para la protección del consumidor en sí, sino en general para el modelo de la economía de mercado en general. Así, por ejemplo, de acuerdo con Averitt y Lande (2001):

(...) la soberanía del consumidor es una situación de mercado que prevalece o debería prevalecer en una moderna economía de libre mercado. Es el conjunto de arreglos sociales el que causa que la economía actúa, primeramente, en respuesta de las señales agregadas de la demanda del consumidor, en vez de hacerlo en respuesta de las directivas gubernamentales o las preferencias de los negocios individuales. (p. 183)

En relación con este punto, agregan Averitt y Lande que:

(...) la esencia de la soberanía del consumidor es el ejercicio de la elección. Es a través de la elección de algunos bienes o de algunas opciones entre otras, que los consumidores satisfacen sus propias necesidades y envían sus señales a la economía. Es crítico, por lo tanto, que el ejercicio de la elección de los consumidores se proteja. (p. 183)

Debemos tener claro, entonces, que la suma de las decisiones que los consumidores tomen sobre los productos y servicios disponibles en el mercado será (o debería de ser) el principal factor que guíe el desarrollo del mercado (entendiendo por éste al conjunto de transacciones respecto de bienes o servicios) y la economía, razón por la cual es de suma importancia proteger que aquellas decisiones sean efectuadas libremente.

En este punto, resulta fundamental tener presente que la decisión de consumo es aquella mediante la cual un consumidor decide adquirir un producto o contratar un servicio a un determinado proveedor. Por supuesto, dichas decisiones no son tomadas de manera aleatoria, ni tampoco con independencia de factores externos, de entre los cuales tiene un papel preponderante la información que sea provista por los proveedores sobre los productos y servicios que pone a disposición de los consumidores en el mercado.

Dicha información supone a la vez una obligación por parte de los proveedores (quienes deberán asegurarse de ponerla en conocimiento de los consumidores) como también un derecho de los consumidores. Sin embargo, esta información debe

de cumplir con determinadas características para cumplir su importante rol dentro de las decisiones que adoptarán los consumidores. Por ello, el Código de Protección y Defensa del Consumidor señala que la información a la que tiene derecho a acceder los consumidores debe ser “oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios” (Ley 29571, 2010, art. 1.b).

Más aún, debemos destacar que la información relevante provista por el proveedor de manera previa a la toma de aquella decisión resulta fundamental durante dicho proceso, siendo que, inclusive sin aquella, la decisión de consumo podría no haberse adoptado o haberse efectuado en términos sustancialmente distintos, de conformidad con el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Entonces, es posible comprender por qué los patrones comerciales oscuros ocasionan preocupación a las agencias u organismos que velan por la competencia y protección de consumidor, ya que precisamente tendrían como efecto distorsionar su toma de decisiones y provocar que tomen elecciones que irían contra sus mejores intereses. Siguiendo esa misma línea de razonamiento, la elección de ofertas de bienes y servicios que se ha visto influenciada por estas prácticas premiará no necesariamente a los proveedores cuya oferta presenta mejores ventajas (en precio, cantidad, cualidades u otro factor) para su público objetivo, sino a aquellos agentes que logren distraer, coaccionar, engañar o manipular mejor la autonomía de los consumidores.

3. Modalidades de los patrones comerciales oscuros

Algunas de las modalidades más usuales de patrones comerciales oscuros han sido identificadas en la doctrina, así como posteriormente sintetizados por las agencias u organismos de consumo dentro de los reportes e informes que han venido. Ahora bien, a continuación, presentaremos algunas de las modalidades que han sido recopiladas por el SER-NAC de Chile, la UNCTAD y el OCDE en los reportes indicados en la sección introductoria del presente trabajo:

- Aquellos que fuerzan al consumidor a realizar una acción:

Estas prácticas consisten en obligar al consumidor a realizar una determinada acción



como requisito para completar su compra. Por ejemplo, entre aquellas acciones se encuentran el crear una cuenta o acceder al envío de publicidad, entregando datos personales como nombres, apellidos, número de teléfono y/o correo electrónico.

- Aquellas que muestran notificaciones de actividad de terceros:

Esta modalidad consiste en comunicar de manera recurrente (y de forma llamativa para el consumidor) la actividad de otros usuarios mediante mensajes o notificaciones que capten su atención, los cuales pueden consistir en cuántos usuarios están viendo el producto, quiénes acaban de comprarlo, entre otros.

- Aquellas que muestran señales de urgencia y escasez:

Estos patrones comerciales oscuros consisten en imponer y comunicar al consumidor un límite de tiempo o existencia respecto de alguna determinada oferta o promoción para presionarlo a realizar una compra (generando, por tanto, en el consumidor un temor de perder la oportunidad de beneficiarse de aquella oferta). En ese sentido, se utilizan, por ejemplo, mensajes que informen de la alta demanda en el producto o un contador de tiempo para indicar cuánto faltaría para la finalización de la oferta o promoción.

- Aquellas que buscan ocasionar vergüenza en el usuario:

Son métodos que generan culpa o vergüenza en el usuario a fin de que opte por una determinada opción, manipulándolo. Así, la opción para declinar la referida opción suele estar estructurada de tal forma que se avergüenza al usuario para que no opte por ella.

- Aquellas que ocultan los precios finales:

Son métodos que añaden costos adicionales a una determinada compra de manera que pueden ser visualizados recién en el último paso para concretarla (estos costos pueden estar referidos a servicios complementarios, impuestos, gastos de envío u otros cargos o conceptos), de modo que se encarece sustancialmente el gasto en el que tendrá que incurrir el consumidor y que inicialmente advirtió.

- Aquellas que utilizan testimonios dudosos:

A través de estas prácticas se incorpora durante el proceso de compra testimonios (que pueden ser falsos o no) respecto de la experiencia de clientes que han adquirido el producto o contratado el servicio que visualiza el usuario, buscando influenciar en su decisión de compra con comentarios positivos sobre aquel.

- Aquellas que establecen una falsa jerarquía:

Estos métodos consisten en utilizar el diseño de la interfaz de usuario para que el consumidor centre su atención a propósito en un determinado elemento (comúnmente más caro o cuya revisión resultaría más favorable para el proveedor) para distraerla de otro (normalmente más barato o cuya revisión resultaría menos favorable para el proveedor). Así, se pueden utilizar elementos gráficos o el lenguaje llamativo para dirigir la atención de los usuarios hacia aquellas opciones en particular.

- Aquellas que agregan productos o servicios no solicitados en el carrito o canasta de compra:

Como la descripción lo indica, a través de estos métodos se introducen elementos adicionales que no han sido solicitados por el consumidor y que requieren que éste los retire voluntariamente, circunstancia que puede agravarse en caso la opción para dicho retiro implique realizar acciones adicionales.

Cabe indicar que los distintos tipos de patrones comerciales oscuros no son necesariamente excluyentes entre sí, por lo que en teoría podrían ser utilizados inclusive en conjunto por un proveedor para intentar incrementar la influencia que se generará en el consumidor. Asimismo, es importante tener presente que el incremento de la importancia del comercio electrónico y la evolución tecnológica de las herramientas a disposición de proveedores y consumidores para concretar relaciones de consumo ocasiona que no nos encontremos frente a una lista taxativa de patrones oscuros detectados, sino que estos pueden evolucionar y surgir nuevas variantes.

4. Regulación nacional

En primer lugar, la Constitución Política del Perú, en su artículo 65, consagra la protección al consumidor, la cual se desarrolla a través del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Así, en su

Título Preliminar, se destaca el papel del Estado en la defensa de los consumidores, reconociendo la asimetría de información en la relación entre proveedor y consumidor. Por ende, se subraya la importancia de proteger los derechos del consumidor mediante una normativa tuitiva.

Dentro de los artículos que se desarrollan en el Código de Protección y Defensa del Consumidor para la protección de los consumidores, se incluye la protección frente a los métodos comerciales coercitivos por parte de los proveedores, como se establece en el artículo 56: este artículo presenta una lista de supuestos, la cual no es limitativa.

Hasta el momento, en el Perú no se ha promulgado legislación específica que proscriba expresamente las técnicas de ventas o marketing en línea conocidas como “patrones oscuros”. No obstante, la Comisión de Protección al Consumidor N°3, en adelante, la “Comisión”, en una reciente resolución, Indecopi (2023) menciona que la empresa denunciada al establecer el pago de una propina no solicitada por el consumidor y obligarlo a tomar una decisión cae dentro de la descripción de los llamados “patrones oscuros”. Cabe señalar que la Comisión aclaró que la presunta infracción se enmarca en el literal b) del artículo 56° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cual describe como método comercial coercitivo la obligación de un consumidor a asumir prestaciones no pactadas o requeridas.

Inclusive, Indecopi (2023) menciona que se habría identificado las siguientes categorías de métodos comerciales oscuros según sus intenciones, diseño o efectos: (i) asimetría; (ii) tendencia al engaño; (iii) encubrimiento; (iv) ocultaciones; y, (v) restricciones. Al respecto, dicha autoridad señaló respecto de los “Patrones Oscuros de Asimetría” que estos “se caracterizan por presentar las opciones al usuario de forma desproporcionada o con un diseño totalmente desigual, siendo que, en estos, se busca conseguir los resultados deseados aplicándolos como la configuración por defecto, sabiendo que en muchos casos los usuarios no lo cambiarán por “comodidad” o en su defecto, se genera puntos llamativos en la página para distraer la atención de otros de igual relevancia”. Asimismo, respecto de los “Patrones Oscuros de Encubrimiento”, se menciona que estos “se caracterizan por buscar camuflar algunas compras de bienes o servicios o acciones adicionales dentro de la decisión inicial del consumidor o usuario, de modo que, cuando llega al último paso/pantalla de un proceso de pago, descubre nuevos costes inesperados, para ello, esta-

blecen cargos adicionales como opciones predeterminadas, tal es así, que, si el usuario ha realizado la compra con prisa, probablemente no se dé cuenta.”

Sin perjuicio de lo antes indicado, bajo nuestra consideración, los patrones comerciales oscuros podrían también encontrarse comprendidos dentro de la figura de los métodos comerciales agresivos o engañosos, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 58° del Código de Protección y Defensa del Consumidor como aquellas prácticas que perjudican de manera importante la libre elección del consumidor mediante la utilización de prácticas como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.

Por tales motivos, estimamos que, a pesar de la ausencia de una legislación específica que prohíba estas técnicas de ventas en línea, las cuales no necesariamente se basan en proporcionar información veraz a los consumidores (en cuyo caso, podríamos encontrarlos frente a una infracción por publicidad engañosa), sino que su objetivo es generar ansiedad para inducir compras que, de haber contado con la información correcta, no se habrían realizado. Este tipo de prácticas desleales y deshonestas podrían potencialmente ser sancionadas de manera administrativa por el Indecopi de acuerdo con las figuras antes comentadas. Estas prácticas podrían encuadrarse en algunos de los supuestos regulados en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, como se evidenció en la resolución bajo análisis.

En adición a la normativa antes indicada, consideramos necesario indicar que algunas de las modalidades de patrones comerciales oscuros también podrían ser atendidos a través de cuerpos normativos distintos al de la protección al consumidor, ya que hemos encontrado jurisprudencia en España en la que se sanciona bajo las normas de protección de datos personales.

Así, por ejemplo, forzar al consumidor a brindar datos personales como sus nombres, teléfono, dirección de domicilio, correo electrónico u otros cuando dicha información no sea necesaria para concretar la compra o, peor aún, cuando estos sean utilizados para finalidades adicionales como el envío de publicidad, son prácticas sancionables bajo nuestra normativa de protección de datos personales. Así, la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2013-JUS, establecen las obligaciones que deben seguirse al tratar datos personales (lo que comprende su almacenamien-



to, utilización, transferencia o cualquier operación o procesamiento relacionado a aquellos), es decir, aquellos que identifican o pueden identificar a una persona natural.

Por otro lado, en caso la información brindada a través de alguna de las modalidades de patrones comerciales oscuros antes indicadas no sea cierta (por ejemplo, respecto del tiempo restante de una promoción comercial, el número de artículos disponibles o de clientes que lo han adquirido, el contenido de los testimonios comunicados), nos encontraríamos frente a una práctica que podría ser sancionada como actos de engaño, de acuerdo con el artículo 8° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada mediante el Decreto Legislativo N°1044.

5. Regulación internacional

En la Unión Europea, resultan aplicables a los patrones comerciales oscuros diversas figuras contenidas en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo, Directiva sobre las prácticas comerciales desleales (en adelante, la Directiva). Por ejemplo, el artículo 5° de la Directiva establece la prohibición de las prácticas comerciales desleales, las cuales define a continuación como aquellas que son contrarias a los requisitos de la diligencia profesional y que distorsionan o pueden distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto del que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica.

Al respecto, dentro de las prácticas comerciales desleales establecidas en la Directiva se encuentran las prácticas engañosas o las prácticas agresivas, dentro de las cuales, diversas modalidades de los patrones comerciales oscuros se encontrarán comprendidas.

Así, por un lado, las prácticas comerciales engañosas se dividen a su vez en acciones y omisiones engañosas. Las primeras están referidas a las prácticas comerciales que contengan información falsa y por tal motivo carezcan de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio. Por su parte, las omisiones engañosas son aquellas prácticas que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, y las limitaciones del medio de comunicación, omitan información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor

medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

Por su parte, en Estados Unidos resulta de aplicación la Ley de la Comisión Federal de Comercio, la cual establece que un acto o práctica engañosa es considerada cualquier representación, omisión o práctica que es tanto material como tendente a confundir a los consumidores que actúan razonablemente bajo las circunstancias correspondientes. Asimismo, una práctica comercial desleal es aquella que causa o probablemente cause un perjuicio sustancial a los consumidores, que no sea razonablemente evitable por los propios consumidores y que no sea excedida por los beneficios a los consumidores o a la competencia.

Como es posible advertir, las normas antes comentadas brindan, principalmente, un marco general de prácticas engañosas o desleales dentro del cual pueden analizarse las diversas modalidades de patrones comerciales oscuros, atendiendo a las particularidades de cada una. Por ello, consideramos que, para el caso de la normativa peruana antes referida, el Indecopi podría tomar en cuenta el marco ya existente y evaluar para cada caso cuál figura (métodos comerciales coercitivos o métodos comerciales agresivos o engañosos, de acuerdo con las definiciones establecidas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor) resulta de mejor aplicación al caso en concreto.

6. Jurisprudencia

Debemos destacar que lamentablemente, a la fecha de haber culminado el presente artículo, no existen pronunciamientos por parte del Indecopi ni por parte de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales del Perú en el que se evalúen prácticas calificadas como patrones comerciales oscuros, con la única excepción de la antes comentada Resolución 043-2023/CC3 de fecha 20 de junio de 2023. Por dicho motivo, a continuación, comentaremos un pronunciamiento emitido en el extranjero que podría resultar útil tomar en cuenta:

España

La Agencia Española de Protección de Datos AEPD (2023) marcó un hito al imponer una multa por patrones oscuros el 20 de septiembre de 2023. La Resolución del procedimiento sancionador del Expediente N.º: EXP202211953 (PS/00080/2023) fue emitida contra CHATWITH.IO WORLD-WIDE, S.L., que recibió una sanción de 12,000 euros por violaciones del Reglamento General de

Protección de Datos (RGPD) y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI).

Según, AEPD (2023) menciona que el artículo 5 del RGPD recoge los “Principios relativos al tratamiento”, y en específico en el apartado 1.a) establece que los datos personales deben ser tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado; con este principio, la AEDP puede sancionar los llamados patrones oscuros, asimismo, se menciona las ‘Directrices sobre patrones oscuros en interfaces de redes sociales, Cómo reconocerlos y evitarlos’ elaboradas por el Comité Europeo de Protección de Datos (EDPB).

Además, en AEPD (2023) se destacan las pautas del EDPB, que identifican diversas categorías de patrones oscuros con el objetivo de comprender y abordar estrategias que pueden afectar la toma de decisiones de los usuarios en relación con la privacidad. Entre ellas se encuentran la “sobrecarga”, la “ocultación”, “emocionar”, “obstaculización”, “inconsistencia” y “enturbiar”. Estas categorías proporcionan un marco integral para comprender y abordar los patrones oscuros en el diseño de interfaces y la experiencia del usuario.

En AEPD (2023) se establece que los métodos de manipulación utilizados comprendieron la aplicación de los patrones oscuros de sobrecarga y ocultación. La compañía optó por ocultar deliberadamente el listado de entidades receptoras de datos en una sección del menú de privacidad, dificultando que los usuarios excluyeran individualmente a las empresas si no deseaban compartir sus datos. La lista abarcaba un total de 1,522 empresas, de las cuales 338 tenían la casilla de “Interés legítimo” preseleccionada de manera predeterminada. La carencia de un botón “desmarcar todo” añadió una capa adicional de complejidad, complicando aún más la capacidad del usuario para tomar decisiones conscientes.

La multa impuesta según la AEPD (2023) tuvo como razón principal el uso de patrones oscuros para forzar a los usuarios a aceptar políticas de privacidad más invasivas. AEPD (2023) establece un precedente para otras agencias de protección de datos personales, alentados a desarrollar directivas y cambios legislativos para evitar la práctica de los patrones oscuros.

La actualización de la guía de uso de cookies, según el artículo periodístico de Pérez (2023), incorpora directrices para combatir prácticas engañosas. Además, Pérez mencionó que, a partir de 2024,

las nuevas obligaciones para abordar los patrones oscuros ya están en vigor e informa que la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha establecido un período de seis meses para que todas las páginas web se ajusten a estas normativas y aquellas que no cumplan con estos cambios estarán sujetas a multas a partir del 1 de enero de 2024, marcando la pauta para que el entorno digital sea transparente y ético.

7. Crítica sobre la evaluación de los patrones comerciales oscuros

7.1 Libre iniciativa privada y publicidad de los proveedores

Conforme hemos adelantado al inicio del presente trabajo, la evaluación que debe realizarse para determinar si nos encontramos ante un patrón comercial oscuro podría potencialmente abarcar también a estrategias de marketing utilizadas por proveedores para captar la atención de sus consumidores, sin que necesariamente se pretenda pervertir su proceso de toma de decisiones de consumo y ocasionarles un perjuicio.

En primer lugar, debemos tener presente que nuestra Constitución, entre los artículos 58° al 65°, establece el régimen económico que rige en nuestro país, esto es, la economía social de mercado. Al respecto, este apartado establece que la iniciativa privada es libre, así como que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.

Sobre el particular, el artículo 3 de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, dictada mediante Decreto Legislativo N° 757, establece que “se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y Las Leyes.” (1991, art. 3)

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha indicado sobre la libre iniciativa privada en la sentencia recaída en el Expediente N°0001-2005-PI/TC lo siguiente:

Así, este Tribunal ha establecido que otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la **libre iniciativa privada**, prescrito en el artículo 58° de la Constitución



y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17) del artículo 2° del mismo texto, el cual consagra el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material. La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia.

Ahora bien, tal y como es señalado por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia, la iniciativa privada no es ejercida de manera irrestricta, encontrándose limitada por los intereses generales resguardados en el ordenamiento jurídico, de entre los cuales podríamos incluir la normativa de protección al consumidor. Por ello, es indefectiblemente necesario que nuestra autoridad en materia de protección al consumidor determine cuándo nos encontraremos frente al empleo de prácticas que deben ser prohibidas y sancionadas y cuándo se trate del empleo de estrategias de marketing no sancionables.

Al respecto, consideramos importante recordar que en principio toda estrategia de marketing utilizada por los proveedores se encontraría dirigida a captar la atención e interés de su público objetivo respecto de un determinado producto, servicio o del propio agente económico, ya sea en entornos digitales o no, a través del uso de diversos elementos alfabéticos, numéricos, acústicos, gráficos o de otra naturaleza.

Así, por ejemplo, una de las herramientas principales de las cuales se sirve el marketing son los anuncios publicitarios. Al respecto, es útil recordar que la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1044, define al anuncio publicitario como “la unidad de difusión publicitaria” y a la publicidad como “toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el

marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales” (2008, art. 59).

Por ello, resulta claro que una estrategia de marketing empleada en una interfaz digital de usuario puede (y sería más efectiva de lograrlo) influenciar en la decisión de consumo de los consumidores y, eventualmente, podrían distraer la atención del consumidor por ser especialmente llamativos para aquellos; sin embargo, no por ello, nos encontraríamos frente a un acto sancionable necesariamente.

7.2 El estándar de consumidor en la evaluación de los patrones comerciales oscuros

Consideramos que, como parte de la evaluación que realizaría la autoridad en los procedimientos administrativos, tendrá un lugar preponderante el estándar de consumidor que se utilice para analizar si la práctica efectuada podría haber distraído, confundido o coaccionado al consumidor, influenciando de manera indebida su decisión de consumo. Así, si nos guíamos de un modelo de consumidor que actúa con poca razonabilidad al establecer sus relaciones de consumo podría la autoridad estimar en un determinado caso que la publicidad o estrategia utilizada por un proveedor en su página web que incluyó un reloj llamativo sobre el tiempo que restaba para acceder a una oferta habría influenciado indebidamente en la decisión de una persona que adquirió un producto, mientras que para un consumidor razonable aquella práctica no habría sido suficientemente para determinar su decisión.

Sobre el particular, coincidimos con Bullard (2010) en que el estándar que debería buscar proteger e incentivar nuestra normativa es el del consumidor razonable (que no equivale a un consumidor experto ni excesivamente exigente o cuidadoso) y no del consumidor promedio, pues el primer modelo crea incentivos para proteger a aquellos que hayan actuado con la diligencia ordinaria que se pudiera exigir para el caso concreto. Cabe indicar que el referido autor señala lo siguiente para fundamentar dicha posición:

El cambio que se ha venido sugiriendo de eliminar el concepto de consumidor razonable crea un problema muy serio porque elimina la idea de que los consumidores que se protegen son los que actúan con diligencia ordinaria de acuerdo con las circunstancias. El resultado de una norma que protege consumidores ordinarios, al margen de su razonabilidad, es que

renuncia a crear incentivos para una conducta responsable tanto de proveedores como consumidores, en especial en aquellas situaciones en las que la cultura de consumo responsable aún no se ha desarrollado. El cambio sugerido incentiva así la negligencia de los consumidores. (p. 9)

Más aún, consideramos que nuestra normativa actual ya prevé esta alternativa. Así, el Código de Protección y Defensa del Consumidor señala en su artículo 104 que regula la responsabilidad administrativa del proveedor, indicando que aquellos resultan responsables por infracciones en la idoneidad, calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, así como cualquier otra infracción al Código de Protección y Defensa del Consumidor u otras complementarias de protección al consumidor. Asimismo, este artículo indica que el proveedor sería exonerado de responsabilidad si lograra acreditar la imprudencia del propio consumidor.

Es así que el artículo 104 puede ser útil al reforzar el sustento de que en nuestro sistema de protección al consumidor se aplicaría el estándar de consumidor razonable, pues en caso éste actúe de manera imprudente, el proveedor del producto o servicio que sea materia de evaluación en el caso correspondiente será exonerado de responsabilidad. Por ejemplo, podríamos pensar en el escenario de un actuar no diligente del consumidor cuando se adquiriera un producto o contrate un servicio sin considerar dentro su proceso de decisión aquellas condiciones que lo rodean y que sean clara y suficientemente conocibles para un consumidor razonable.

Por lo tanto, al momento de evaluar en qué casos una estrategia comercial en la interfaz de usuario que disponga un determinado proveedor emplearía patrones comerciales oscuros sancionables, la autoridad deberá tomar en cuenta en qué medida podrían haber influenciado indebidamente (a través de la distracción, confusión, coerción) a un consumidor que haya actuado con la diligencia esperable bajo las circunstancias concretas en las que se presente la práctica a evaluar.

En otras palabras, cada caso en el que se analice si nos encontramos frente a una práctica que pudiese calificar como patrón comercial oscuro deberá ser analizado en atención a sus particularidades. Así, por un lado, existen prácticas como el solicitar información no necesaria u obligar a aceptar el envío de publicidad a los consumidores que es claramente sancionable bajo la normativa de protección de

datos personales (en este caso, los consumidores pasan a considerarse titulares de datos personales), así como la utilización de información falsa para influenciar en los consumidores resulta también indudablemente sancionable; no obstante, en casos como la disposición de información en un portal web o aplicativo que brinden mayor relevancia a algunos elementos, el empleo de mensajes que ocasionen urgencia u otras modalidades análogas tendría que analizarse detenidamente si existe realmente y, de ser el caso, el grado de la afectación que se habría ocasionado al poder de decisión del consumidor.

De otro modo, estimamos que la aplicación indiscriminada de sanciones a toda práctica que pueda eventualmente compartir las características comunes antes comentadas de los patrones comerciales oscuros podría ocasionar un perjuicio desproporcionado en la libertad de los agentes económicos y su innovación respecto de las estrategias comerciales que emplean para competir en un determinado mercado.

8. Conclusiones y Sugerencias

Los patrones comerciales oscuros son las prácticas comerciales empleadas por los proveedores a través de medios digitales (portales web, aplicativos u otras plataformas virtuales) que perjudican la soberanía del consumidor, influyendo de manera determinante en su decisión de consumo a través de la manipulación, distracción, coerción u otras técnicas en su perjuicio.

Al respecto, la soberanía del consumidor es el estado en el que los consumidores toman decisiones libres e informadas, orientando el mercado con el efecto de mejorar las condiciones y productos disponibles. Para la toma de dichas decisiones en beneficio de sus intereses resultará fundamental que éste cuente con información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante.

Ahora bien, las distintas modalidades de patrones comerciales oscuros no son excluyentes entre sí y tampoco forman parte de una lista cerrada, pues la evolución tecnológica e innovación comercial permite la aparición de nuevas prácticas que podrían encontrarse comprendidas en esta categoría.

En el Perú, si bien los patrones comerciales oscuros no se encuentran explícitamente regulados como tal, la normativa de protección al consumidor tiene previstas figuras como los métodos comerciales coercitivos, agresivos y engañosos dentro de



los cuales pueden evaluarse diversas modalidades identificadas por la doctrina y las autoridades competentes. Asimismo, algunas de las modalidades identificadas también podrían ser sancionadas por la normativa de protección de datos personales y por la de represión de la competencia desleal.

Resultará necesario que se evalúe la presunta aplicación de patrones comerciales oscuros analizando cada caso según sus particularidades y el grado de afectación que se habría producido en la toma de decisión del consumidor involucrado, en atención al estándar de consumidor razonable que dispone nuestra normativa. Ello, con la finalidad de no perjudicar desproporcionadamente la innovación de los agentes económicos en la determinación de sus prácticas comerciales en entornos digitales.

Sugerimos que las agencias competentes en materia de protección del consumidor y datos personales en el Perú elaboren y difundan lineamientos y/o directivas que desarrollen los criterios que se aplicarán al evaluar las prácticas consideradas como patrones comerciales oscuros, a fin de generar mayor predictibilidad en favor de los agentes económicos.

Referencias bibliográficas

- Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). (2023). Resolución del expediente N° EXP202211953 (PS/00080/2023). <https://www.aepd.es/documento/ps-00080-2023.pdf>.
- Averitt, N. y Lande, R. (2001). La soberanía del consumidor. Una teoría unificada de la Ley Antimonopólica y de Protección al Consumidor. *Revista Ius et Veritas*. 23, 181-210. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16023/16447>.
- Bullard Gonzales, A. (2010). ¿Es el Consumidor un Idiota? El Falso Dilema entre el Consumidor Razonable y el Consumidor Ordinario. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. 6(10), 5-58. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/76/74>
- Comisión Federal de Comercio (FTC). (28 de noviembre de 2023). Bringing Dark Patterns to Light. Staff Report. https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/P214800%20Dark%20Patterns%20Report%209.14.2022%20-%20FINAL.pdf
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (s.f.) Report on Consumer Education and Business Guidance on “Dark Commercial Patterns”. https://unctad.org/system/files/information-document/ccpb_WG_EC_Report_Dark_commercial_patterns_en.pdf
- Decreto Legislativo N° 757. (1991). *Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada*. Presidencia de la República del Perú.
- Decreto Legislativo N° 1044. (2008). *Ley de Represión de la Competencia Desleal*. Presidencia de la República del Perú.
- Indecopi. (2023). Resolución 043-2023/CC3 de fecha 20 de junio de 2023.
- Ley 29571. (2010). *Código de Protección y Defensa del Consumidor*. Congreso de la República del Perú. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682697>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2022). *Dark Comercial Patterns*. OECD Digital Economy Papers. <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/44f5e846-en.pdf?expires=1701221059&id=id&accname=guest&checksum=ECFAA405BB716B074F7594E6EDDD56AA>
- Pérez, E. (17 de noviembre de 2023). La primera multa contra los “patrones oscuros” en España ya está aquí, (y no será la última). En Xataka. <https://www.xataka.com/legislacion-y-derechos/primera-multa-patrones-oscuros-espana-esta-aqui-no-sera-ultima>.
- Servicio Nacional del Consumidor - SERNAC (2021). Informe de resultados de levantamiento de dark patterns en comercio electrónico. https://www.sernac.cl/portal/607/articulos-62983_archivo_01.pdf
- Tribunal Constitucional. Pleno Jurisdiccional. Sentencia recaída en Expediente 0001-2005-PI/TC; 6 de junio de 2005.
- Von Mises, L. (2021). La Soberanía Del Consumidor. *REVISTA PROCESOS DE MERCADO*, 17(1), 497-502. <https://www.procesosdemercado.com/index.php/inicio/article/view/401>