

EL USO DE PATRONES OSCUROS (*DARK PATTERNS*) EN LA DISTRIBUCIÓN ONLINE DE CONTENIDOS DENTRO DE LOS VIDEOJUEGOS. Análisis del asunto *Federal Trade Commission vs. Epic Games Inc.* (EE.UU.) a la luz de la legislación en España y Europa.

David Sierra Parraga

Abogado ICA MALAGA

1. Planteamiento y objetivos. 2. Evolución histórica del *retail* de videojuegos y de los modelos de negocio de la industria. 3. *Federal Trade Commission vs. Epic Games Inc.* (asunto C-4790, EE.UU.). 4. Aspectos jurídicos del uso de *dark patterns* en la distribución online de contenidos dentro de los videojuegos en España y Europa. 4.1. Definición de la problemática. 4.2. ¿Qué son los «*dark patterns*»? 4.3. Aproximación a las posibles consecuencias jurídicas del uso de «*dark patterns*». 5. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO Y OBJETIVOS

En la actualidad, uno de los modelos de negocio más relevantes en la industria del videojuego es el de la distribución online de contenidos digitales dentro de los propios videojuegos, a través de las denominadas microtransacciones *in-game*. Esta operativa se caracteriza por su particular mecánica y por el reducido importe de las operaciones que, sin embargo, al multiplicarse por el creciente número de jugadores, pueden suponer ingresos millonarios para las empresas desarrolladoras. Por ello, estas últimas tratan de facilitar a los jugadores la ejecución de esas compras sirviéndose de diversas herramientas, siendo una de ellas el diseño de la interfaz de usuario en relación con las mecánicas de compra. El problema surge cuando el diseño utilizado, en realidad, busca conscientemente —o tienen como resultado— que los usuarios tomen decisiones o realicen acciones no deseadas, perjudicando así sus intereses económicos. Dichas técnicas se conocen como *dark patterns* o patrones oscuros.

El presente trabajo aborda el análisis jurídico, desde la perspectiva de la legislación española y europea, del uso de los *dark patterns* en la distribución online de contenidos dentro de los videojuegos, tomando como referencia el procedimiento sancionador seguido, en Estados Unidos, por la *Federal Trade Commission* (FTC) contra Epic Games en relación con dicha problemática. Para ello, se realizará un breve recorrido por la historia de la industria de los videojuegos, al objeto de entender cómo ha cambiado la distribución minorista en este sector a lo largo de los años y cómo ello ha influido en los diferentes modelos de negocio que han surgido. Posteriormente, se analizará el caso de la FTC contra Epic Games como punto de partida para el análisis jurídico de esta cuestión conforme a la legislación española y europea.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL *RETAIL* DE VIDEOJUEGOS Y DE LOS MODELOS DE NEGOCIO DE LA INDUSTRIA

«Los videojuegos [...] son un material complejo que incluye no sólo un programa de ordenador, sino también elementos gráficos y sonoros que, aunque codificados en lenguaje informático, tienen un valor creativo propio que no puede reducirse a dicha codificación»¹.

Desde sus inicios, a mediados del siglo pasado, la industria del videojuego ha evolucionado notablemente gracias, en gran medida, al avance de la tecnología. Ello ha permitido que, en nuestros días, los videojuegos se hayan convertido en productos complejos no sólo desde un punto de vista técnico o legal (tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la definición *supra*) sino, también, desde la perspectiva empresarial, impactando en otros aspectos tales como la **distribución de los contenidos o los diferentes modelos de negocio**.

Durante los **años 50, 60 y 70 del siglo pasado**, el creciente interés por la informática y la computación condujo al desarrollo de los primeros ordenadores de la historia, unos, de vocación genérica y, otros, creados con un propósito específico, como el entretenimiento². La década de los 70 supuso el despegue de la industria de los videojuegos gracias a los arcades, primero, y, posteriormente, gracias al éxito de los sistemas domésticos. En este momento, primaba la visión de los videojuegos y videoconsolas como meros juguetes, por lo que **la distribución al público se realizaba, principalmente, a través de jugueterías o grandes almacenes**, comercializándose como un todo, ya que los videojuegos se encontraban programados dentro de las consolas. A **finales de los 70 y durante los 80**, este sector continuó creciendo, gracias al éxito de la Atari 2600 (1977) y su sistema de cartuchos —que permitía jugar a diferentes títulos con una única videoconsola³— y a la aparición de los estudios *third party*⁴, inspirados por Activision. Muchos títulos inundaron el mercado, creando un exceso de stock al que los *retailers* no podían dar salida, devaluando la imagen pública de estos productos y conduciendo al conocido *crack* de los videojuegos del año 83. Sin embargo, gracias a la incursión de Nintendo en el maltrecho mercado estadounidense con la Nintendo Entertainment System (NES), el mercado de las videoconsolas domésticas resurgió y con este nuevo auge de la industria **comenzaron a aparecer los primeros establecimientos centrados en los videojuegos**⁵.

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de enero de 2014, en el asunto C-355/12 (Nintendo v. PC Box), párrafo 23.

² Véanse el «*Cathode-Ray Tube Amusement Device*» (*patent no.* US 2,455,992), de Thomas T. Goldsmith y Estle Ray Mann (1947); o *Tennis for two* (1958) creado por William Higinbotham. Ya en 1971, en Estados Unidos, se comercializa la primera videoconsola doméstica de la historia: la Magnavox Odyssey (*patent no.* US 3,728,480). Un año más tarde, en 1972, se funda Atari y lanza al mercado *Pong*, primero, en formato arcade y, posteriormente, como videoconsola doméstica.

³ A pesar de su éxito, la Atari 2600 no fue la primera videoconsola que incorporó el sistema de cartuchos. Este logro se debe a la Fairchild Channel F (1976, *patent no.* US 4,095,791).

⁴ En aquella época eran los propios fabricantes de videoconsolas los que desarrollaban sus videojuegos a través de equipos propios (*first party*). La creación de Activision por parte de ex trabajadores de Atari supuso el primer caso en el que un estudio desarrollador no era parte de los fabricantes de videoconsolas, recibiendo por ello la denominación *third party*.

⁵ El ejemplo de GameStop, en EE.UU., es uno de los más paradigmáticos. Fundada como tienda de electrónica en 1984, rápidamente se adaptó para centrarse —casi en exclusiva— en los videojuegos. Sin embargo, no fue hasta años más tarde, ya en la década de los 2000, cuando este fenómeno cruzó a Europa.

Durante estas primeras décadas de vida de la industria — aunque también hoy en día existen ejemplos— reinaba **el modelo de negocio consistente en la venta de videojuegos completos a un determinado PVP**. Lo esencial de este modelo es que el consumidor obtiene todo el contenido con una única compra. La principal razón es que las restricciones técnicas de aquella época no permitían, por ejemplo, ampliar el contenido vía actualizaciones o conectarse a Internet para adquirir nuevos elementos, por lo que, para generar nuevos ingresos, se lanzaban nuevos títulos.

Los años 90 y 2000 trajeron más avances tecnológicos a la industria de los videojuegos, permitiendo crear títulos y sistemas cada vez más sofisticados. Una nueva generación de videoconsolas, liderada por la PlayStation de Sony, adoptó el uso del CD-ROM en sustitución de los cartuchos e instauró los gráficos 3D en los videojuegos. En esta etapa, también tuvo lugar la expansión del uso doméstico de los PCs y de Internet, lo que supuso un antes y un después en la historia de los videojuegos. Por ejemplo, Blizzard lanzó para PC, en 1997, el primer título de su saga *Diablo*, junto con su plataforma *Battle.net*, la **primera plataforma de juego multijugador online de la historia**. La PlayStation 2 (1999) superó todos los récords de ventas siendo, incluso hoy en día, la videoconsola más vendida de todos los tiempos. Por su parte, Microsoft se lanzó a este mercado con la primera Xbox (2001) y Nintendo, aunque quedó rezagada, evolucionó para dejar de competir en potencia y centrarse en otros aspectos de la jugabilidad⁶. El auge del PC e Internet se dejó notar, también, en la forma de monetizar los contenidos. Títulos como *EverQuest* y *World of Warcraft*, en los primeros años de la década de los 2000, inauguraron el **modelo de suscripción mensual en los videojuegos**, de la misma manera que ocurre hoy en día con plataformas de vídeo en *streaming*. Asimismo, en 2001, aparece Stardock, la primera **plataforma de distribución online de videojuegos**, a la que seguirá Steam, en 2003.

La evolución gradual hacia un sistema de distribución minorista de videojuegos eminentemente digital se ha completado, en la última década (2010-2020), gracias a diversos factores: la aparición de las plataformas propias de los *publishers* tradicionales⁷ y de los fabricantes de videoconsolas⁸; los nuevos entornos construidos en su totalidad alrededor de la distribución digital y el *streaming*⁹; y el crecimiento del eCommerce de videojuegos a través de las tiendas online de establecimientos físicos y de los *pure players online*. **Es innegable que el canal online ha ido imponiéndose progresivamente al retail físico de videojuegos**¹⁰, debido, principalmente, al hecho de que las plataformas digitales, como Steam, presentan claras ventajas tanto para consumidores —comodidad, menores precios...—, como para los desarrolladores

⁶ Véase la Wii (2006).

⁷ Por ejemplo: Origin (2011, propiedad de EA), Nintendo eShop (2011) o la Epic Games Store (2018).

⁸ Por ejemplo: la PS Store de Sony, Microsoft Game Pass, etc.

⁹ GREENSPAN (2021). *Mastering the game. Business and legal issues for videogames developers: a training tool*. WIPO, p. 32.

¹⁰ Según datos de Newzoo, en 2022, el 94.2% de los ingresos mundiales de videojuegos se lograron a través del canal digital. GAMESINDUSTRY (2022). *GamesIndustry.biz presents... The Year In Numbers 2022*. Obtenido de: <https://www.gamesindustry.biz/gamesindustrybiz-presents-the-year-in-numbers-2022>.

—pues democratizan el acceso al mercado sin necesidad de contar con *publishers* y con una inversión mínima¹¹—.

En la actualidad, los avances técnicos han permitido explorar múltiples y muy diferentes maneras de explotar económicamente los videojuegos, auspiciadas, en gran medida, por el desarrollo del *mobile gaming*, el éxito de los MMORPG¹², la aparición de títulos como *CS:GO* (2012) o *Fortnite* (2017), los eSports y las retransmisiones en *streaming*. Estos nuevos modelos no sólo cambian cómo los consumidores juegan y pagan por los contenidos, sino que también influye en cómo se diseñan y distribuyen los videojuegos¹³. Tanto es así que, en no pocas ocasiones, las empresas desarrolladoras optan por lanzar menos cantidad de títulos al mercado con el objetivo de explotar todas las opciones de monetización. Entre dichas opciones encontramos los **DLCs**¹⁴, la **publicidad**¹⁵ o las mecánicas *Play-to-earn*¹⁶.

Sin embargo, destaca, muy especialmente, la consolidación del modelo *freemium*, el cual surgió con las apps y juegos para móviles y que se caracteriza por permitir la descarga gratuita del contenido principal con el objetivo de atraer al jugador para que este adquiera más contenido en el futuro¹⁷, a través de las **microtransacciones in-game**¹⁸. Estas últimas consisten en compras de pequeña cuantía que se realizan dentro del juego, bien sea directamente a través de compras con moneda de curso legal o a través del canje de monedas virtuales —que pueden ser obtenidas como recompensa durante el juego o adquiridas con moneda de curso legal—. Se trata de una mecánica muy habitual, principalmente, en títulos de PC y juegos móviles, si bien existen ejemplos, como *Fortnite*, que ofrecen esta opción en todas las plataformas¹⁹. De esta manera, **los desarrolladores de videojuegos se convierten en distribuidores** de los contenidos digitales que ofrecen a los usuarios para su adquisición dentro del propio videojuego.

¹¹ GREENSPAN (2021). *Mastering the game...*, *op. cit.*, p. 31.

¹² *Massive multiplayer online role-play game* (en español, juegos de rol multijugador masivos en línea), como *World of Warcraft*.

¹³ GREENSPAN (2021). *Mastering the game...*, *op. cit.*, p. 40.

¹⁴ *Downloadable Content* (DLC, por sus siglas en inglés). Fue uno de los primeros nuevos modelos de monetización. Consiste en el lanzamiento de una «expansión», a un precio menor que el que tendría un nuevo videojuego. A diferencia de las microtransacciones, este contenido descargable suele ser de mayor entidad (por ejemplo, un nuevo mapa, nuevas misiones...).

¹⁵ Existen diferentes formas de hacer publicidad con los videojuegos: a) *advergaming* (por ejemplo, comprar todos los anuncios que rodean a un título o crear un videojuego con fines promocionales); b) publicidad *in-game* (desde un cartel publicitario dentro del videojuego hasta anuncios en las pantallas de carga, eventos especiales, etc.); o el c) *above & below advertising* (banners publicitarios visibles durante el *gameplay*)

¹⁶ Este modelo se encuentra íntimamente ligado al auge de las criptomonedas y su ecosistema. Los juegos basados en esta mecánica hacen uso de la tecnología DLT (*Distributed Ledger Technology*) y los NFT (*Non Fungible Tokens*) para crear una economía interna, propia del juego, donde los jugadores suelen ganar criptomonedas, obteniendo los desarrolladores un porcentaje de cada transacción.

¹⁷ Existe una amplia variedad de ítems virtuales que pueden adquirirse por esta vía, desde elementos puramente estéticos —skins o decoraciones—, hasta ventajas competitivas —armas con más daño, nuevas habilidades, etc.—

¹⁸ No obstante, las microtransacciones *in-game* no son exclusivas de títulos *freemium*, sino que también se pueden encontrar en títulos por los que ya has pagado —véanse los FIFA Points en los videojuegos *FIFA* de EA—.

¹⁹ Aunque podría pensarse que es difícil hacer que los consumidores paguen por contenido extra en un título gratuito, ya en 2020, el 50% de los jugadores habían realizado alguna compra dentro de un videojuego. GREENSPAN (2021). *Mastering the game...*, *op. cit.*, p. 41.

3. FEDERAL TRADE COMMISSION VS. EPIC GAMES, INC. (ASUNTO C-4790, EE.UU.)

En diciembre de 2022, la *Federal Trade Commission* (FTC) estadounidense²⁰ acusó a Epic Games de infringir diversas normas como consecuencia del uso, en su videojuego *Fortnite*, de técnicas de diseño de la interfaz de usuario conocidas como *dark patterns*. Debido a la implementación de estas técnicas, los jugadores terminaban realizando compras para las que no habían prestado su consentimiento previo y expreso. Posteriormente, Epic Games dificultaba obtener un reembolso de dichas compras y aplicaba penalizaciones a los jugadores que conseguían ejercitar tales acciones con éxito. De acuerdo con el texto de la denuncia administrativa interpuesta contra Epic Games, las acusaciones presentadas fueron, en esencia, las siguientes:

1) Según la FTC, en el caso de *Fortnite*, los datos de pago de los usuarios eran almacenados de manera automática tras la realización de una compra de moneda virtual del juego («V-Bucks» o «Pavos», en español), de manera que, posteriormente, era posible realizar compras de moneda virtual con tan sólo pulsar un botón y sin confirmación del consentimiento (párrafo 17 de la demanda)²¹. En 2018, Epic Games incluyó un sistema consistente en el marcado de una casilla que permitía a los jugadores «Hacer un pago único. No guardar mi tarjeta de crédito»²². Sin embargo, dicha casilla estaba diseñada para ser poco visible durante el proceso y no se informaba de que, en caso contrario, los datos se guardarían automáticamente²³. Asimismo, se comenzó a requerir la confirmación del CSV de las tarjetas para completar la transacción, pero, para ese momento, según la FTC, ya se habían comprado más de 200 millones de «V-Bucks» —con un valor de más de 4 billones de dólares—, la mayoría, a través de compras no autorizadas.

2) Cuando se realizan cargos fraudulentos o no autorizados, la legislación estadounidense permite que los consumidores puedan solicitar a su institución financiera que contacte con la compañía que realizó el cargo para requerir la devolución del importe. Desde el lanzamiento de *Fortnite*, Visa y Mastercard recibieron tantas solicitudes de este tipo que comenzaron a hacer un seguimiento de los cargos provenientes de Epic Games, advirtiéndole a esta última de las posibles consecuencias. Por ello, **al menos desde 2018, cuando los usuarios solicitaban la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, Epic Games desactivaba sus cuentas de *Fortnite* (párrafo 47)**. Ello implicaba que los usuarios no sólo perdían acceso al contenido que había dado lugar a la solicitud de devolución del dinero, sino también a todo el que se hubiera adquirido anteriormente, salvo en algunos casos —en estos últimos, sin embargo, si las solicitudes de devolución se reiteraban, entonces sí se prohibía el acceso a todos los contenidos ya adquiridos—. La mayoría de los

²⁰ Se trata de la agencia nacional de los Estados Unidos encargada de la protección de los consumidores frente a prácticas comerciales anticompetitivas, engañosas y desleales. Vid. <https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>.

²¹ La FTC se mostró especialmente preocupada por las compras realizadas por menores —una gran parte de los jugadores de *Fortnite*— y no autorizadas por sus padres o tutores, algo por lo que ya se había sancionado a otras grandes compañías como Google o Amazon.

²² Traducción propia.

²³ Según la FTC, Epic Games era consciente de que lo habitual era que los jugadores no seleccionasen la opción de pago único.

jugadores no conocían estas reglas enterradas en los términos y condiciones del juego y en el acuerdo de licencia de usuario final, lo que le costó a Epic Games miles de quejas que, sin embargo, no evitaron que esta práctica se mantuviera en el tiempo.

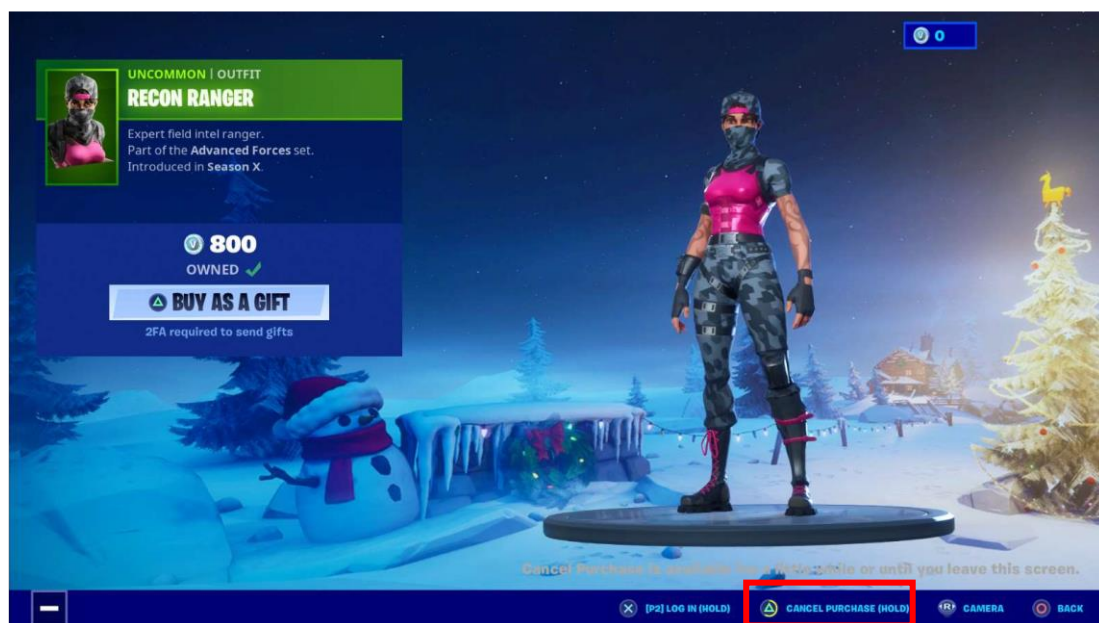
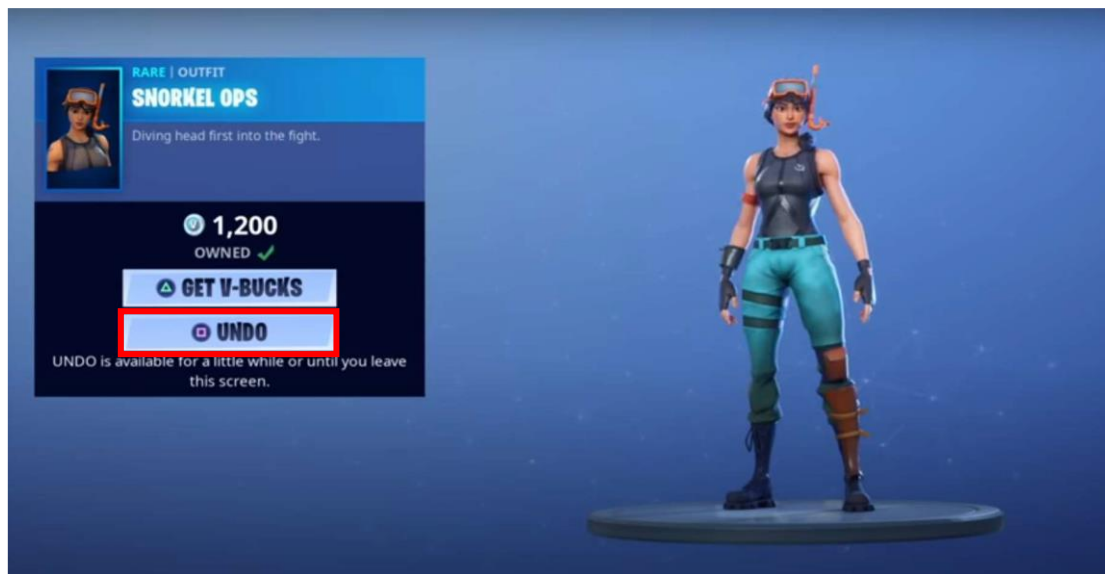
3) Sumado a lo anterior, **el proceso de canje de la moneda virtual por los ítems había sido diseñado de manera tal que era fácil que los usuarios realizasen «compras» no deseadas (párrafo 26), como consecuencia de una configuración contraintuitiva y confusa de los botones.** Por ejemplo, tanto en la versión para videoconsolas, como en la versión móvil de *Fortnite*, a la hora de adquirir determinados ítems, el botón de compra se encontraba muy próximo al botón de vista previa (ver Imagen 1 *infra*). Si, por error, se pulsaba el botón «comprar», automáticamente se detraía la cantidad de «V-Bucks» del saldo del usuario. Además, la configuración de los botones podía cambiar dependiendo del ítem. En la versión de *Fortnite* de PlayStation, para adquirir una *skin*, el botón «» servía para hacer la compra y el botón «X» serviría para realizar una vista previa. No obstante, a la hora de adquirir un pase de batalla, el botón «X» tenía la función de realizar la compra y el botón «» servía para obtener más información. Según la FTC, Epic Games recibió más de un millón de quejas por esta cuestión, algo que fue ampliamente advertido por los empleados de la compañía. En 2020, con el objetivo evitar estas situaciones se implementó un botón para confirmar la compra, si bien únicamente fue implementado para la compra de un determinado tipo de ítem y no para los demás.



Imagen 1. Puede observarse la proximidad del botón «comprar» (*purchase*) y el de «vista previa» (*preview styles*) en la versión para smartphone de *Fortnite*. **Fuente:** texto de la denuncia administrativa impuesta por la FTC (*el cuadro rojo es nuestro*).

4) En este contexto, no es de extrañar que muchos usuarios intentasen cancelar las compras realizadas con moneda virtual o solicitar un reembolso de la misma en sus cuentas de usuario. En este sentido, **la FTC acusó a Epic Games de utilizar determinadas técnicas de diseño de la interfaz de usuario para evitar que estos cancelaran o solicitasen reembolsos por los canjes de moneda virtual no autorizados (párrafo 37).** De acuerdo con las investigaciones realizadas, inicialmente Epic Games no permitía cancelar

las compras de ítems realizadas con moneda virtual y solo en 2019, fue posible cancelar la compra de algunos tipos de ítems, para lo cual se instaló un botón de «deshacer». Sin embargo, esta opción fue tan utilizada por los usuarios que Epic Games decidió cambiar su ubicación y apariencia (ver Imágenes 2 y 3 *infra*), lo que derivó en una reducción de un 35%, aproximadamente, en su uso. En cuanto a los reembolsos de moneda virtual, Epic Games aplicaba una política muy estricta, no aceptándolos salvo en algunos casos. Para obtener un reembolso, antes de 2018, era necesario rellenar un formulario en la web de Epic Games y sólo después de esta fecha se ofreció la posibilidad de solicitarlo dentro de la app, si bien se restringió a un máximo de tres veces por usuario durante todo el tiempo que la cuenta estuviera activa. A lo anterior hay que sumar el hecho de que el proceso para obtener un reembolso de moneda virtual se configuró para ser largo y difícil²⁴.



²⁴ De acuerdo con la FTC, el diseñador de la interfaz de usuario para los reembolsos declaró que se ocultó el botón «en un intento de esconder la existencia de esta opción» y que «ningún usuario pudo encontrarla en las pruebas que se realizaron de dicha interfaz», siendo obligado a conservar esta configuración. Una vez encontrado el botón, el proceso de reembolso consta de diversos pasos para desincentivar que el usuario llegue al final (traducción propia).

Imagen 2 (arriba) y 3 (abajo). Se muestra el cambio de posición y tamaño del botón para deshacer las compras. **Fuente:** texto de la denuncia administrativa presentada por la FTC (*los cuadros rojos son nuestros*).

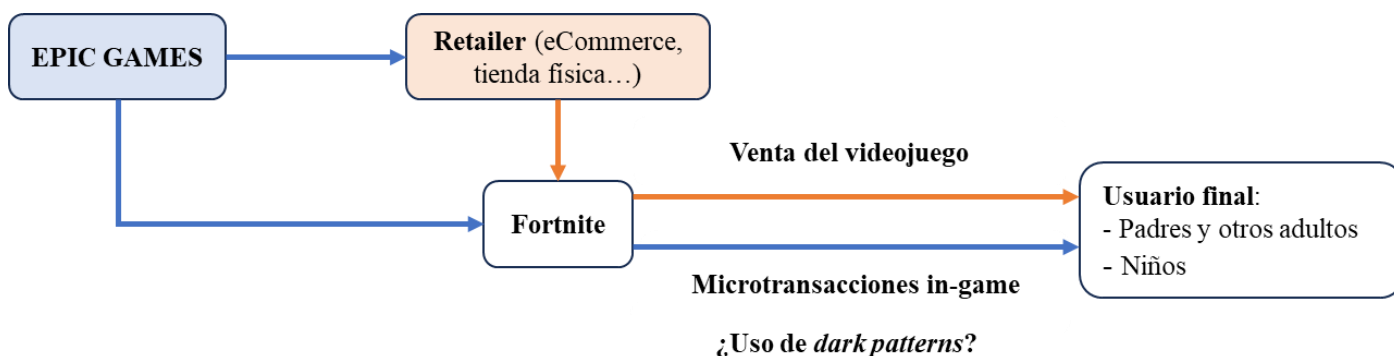
En opinión de la FTC, las conductas descritas en los puntos 1) y 2) anteriores constituían un acto o práctica desleal o engañosa debido al perjuicio potencial o efectivo causado a los consumidores, de acuerdo con la Sección 5 de la *Federal Trade Commission Act*, 15 U.S.C. § 45(a) y (n). En diciembre de 2022, las partes llegaron a un acuerdo sobre las medidas y sanciones contra Epic Games, acuerdo que fue ratificado mediante resolución de 13 de marzo de 2023. Las principales penalizaciones impuestas a Epic Games consistieron en: **(i)** la prohibición de realizar cargos sin consentimiento expreso e informado, debiendo proporcionar mecanismos de revocación del consentimiento que no podrán ser difíciles, costosos, confusos o llevar más tiempo del necesario, debiendo ser tan sencillo como el mecanismo que permitió al usuario iniciar el cargo; **(ii)** la prohibición para no poder bloquear el acceso a los contenidos previamente adquiridos por los usuarios en el caso de que estos ejerzan su derecho a solicitar la devolución de los importes que fueron cobrados sin consentimiento; y **(iii)** la condena al pago de 245 millones de dólares como indemnización de carácter económico, que será usada para compensar a los usuarios.

4. ASPECTOS JURÍDICOS DEL USO DE *DARK PATTERNS* EN LA DISTRIBUCIÓN ONLINE DE CONTENIDOS DENTRO DE LOS VIDEOJUEGOS EN ESPAÑA Y EUROPA

4.1 Definición de la problemática

En esencia, el caso FTC contra Epic Games pone de relieve la problemática consistente en el uso de *dark patterns* en la distribución online de contenidos y, en particular, dentro de los videojuegos. En este apartado, **nos proponemos analizar el encaje de esta conducta desde el punto de vista de la legislación europea y española.**

Para ello, en primer lugar, definiremos el esquema de relaciones entre los diferentes actores intervinientes:



Fuente: elaboración propia.

Por un lado, Epic Games se sirve de intermediarios para hacer llegar el videojuego *Fortnite* a los usuarios finales. Sin embargo, a través de las microtransacciones *in-game* que tienen lugar dentro de *Fortnite*, Epic

Games distribuye contenidos de manera online directamente a dichos usuarios, dando lugar, a una nueva relación de consumo. Es en esta última, entre Epic Games y el usuario final, donde nos situamos para realizar el análisis subsiguiente.

4.2 ¿Qué son los «dark patterns»?

Originariamente, el término «dark pattern» (patrón oscuro) fue acuñado por el consultor de experiencia de usuario HARRY BRIGNULL, en 2010, con el cual hizo referencia a aquellas **técnicas de diseño de la interfaz de usuario utilizadas en páginas webs y apps que buscan influenciar la toma de decisiones de los usuarios**. Años después, en 2019, un estudio llevado a cabo por investigadores de la Universidad de Princeton²⁵ trató de agrupar las diferentes tipologías de *dark patterns* en función de circunstancias tales como el objetivo perseguido o su diseño, dando lugar a las siguientes categorías principales de patrones oscuros: i) **de asimetría**, en los que las distintas opciones se muestran al usuario de forma desigual; ii) de **encubrimiento**, los cuales tratan de añadir costes ocultos o acciones adicionales no deseadas por el usuario; iii) de **engaño**, que buscan inducir a engaño a los usuarios por acción u omisión; iv) de **ocultación de información**; y v) de **restricción**, con el objetivo de restringir, dificultar o desincentivar el ejercicio de las distintas opciones.

Pues bien, en Europa y España, los *dark patterns*, han sido tradicionalmente sido analizados **en relación con la privacidad y la protección de datos personales**. En España, la AEPD hizo referencia a este fenómeno ya en 2020²⁶ —posteriormente, fue desarrollado por la autoridad europea de protección de datos en el año 2022²⁷—. En octubre de 2023, la AEPD dictó, en el procedimiento n.º EXP202211953 (PS/00080/2023), la primera resolución sancionadora por el uso de *dark patterns* de sobrecarga (*overloading*) y ocultación (*skipping*) en relación con la configuración de las opciones de privacidad (en adelante, la “**Resolución AEPD sobre patrones oscuros**”).

Por otro lado, en lo que se refiere al uso de estas mecánicas **en relación con los consumidores**, la **Comisión Europea** indicó, ya en 2021²⁸, que el término «**patrón oscuro**» se refiere a «*un tipo de estímulo malintencionado, generalmente incorporado en las interfaces digitales de diseño. Los patrones oscuros podrían basarse en datos y personalizarse, o aplicarse de forma más general, aprovechando los sesgos*

²⁵ MATHUR et al (2019). «Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites». *Proc.ACM Hum.-Comput. Interact.* 3, CSCW, Article 81.

²⁶ Asociación Española de Protección de Datos (2020). *Guía de Protección de Datos por Defecto*, p. 20. Obtenido de: <https://www.aepd.es/documento/guia-proteccion-datos-por-defecto.pdf>

²⁷ European Data Protection Board (2022). *Guidelines 3/2022 on dark patterns in social media platform interfaces: How to recognize and avoid them*, p. 2. Obtenido de: https://edpb.europa.eu/system/files/2022-03/edpb_03-2022_guidelines_on_dark_patterns_in_social_media_platform_interfaces_en.pdf

²⁸ Comisión Europea (2021). *Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, p. 101. Obtenido de: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(05)&from=EN)

heurísticos y conductuales, como los efectos por defecto o los sesgos de escasez».

Asimismo, el recientemente aprobado **Reglamento de Servicios Digitales (“DSA”)**²⁹ —cuyo ámbito de aplicación objetivo se circunscribe a los servicios intermediarios en línea— recoge la prohibición genérica de uso de las «**interfaces engañosas de las plataformas en línea**» por parte de los prestadores de estos servicios (**art. 25**), definiendo aquellas como «*prácticas que distorsionan o merman sustancialmente, de forma deliberada o efectiva, la capacidad de los destinatarios del servicio de tomar decisiones autónomas y con conocimiento de causa. Estas prácticas pueden utilizarse para persuadir a los destinatarios del servicio de que adopten comportamientos no deseados o decisiones no deseadas que tienen consecuencias negativas para ellos*»³⁰. La norma, además, incluye un criterio interpretativo relacionado con su especialidad, de manera que la regulación sobre las interfaces engañosas de las plataformas en línea se aplicará a aquellas prácticas que no estén ya cubiertas por la Directiva 2005/29/CE³¹ o el Reglamento (UE) 2016/679³² (**Considerando 67 y art. 25**). No obstante, de acuerdo con las relaciones de consumo que hemos definido, entendemos que la DSA no resultaría de aplicación a un caso como el de la FTC contra Epic Games, por cuanto la actividad de Epic Games no caería dentro del ámbito de aplicación objetivo del Reglamento. En consecuencia, tendremos que buscar la solución en otros instrumentos jurídicos.

4.3 Aproximación a las posibles consecuencias jurídicas del uso de «dark patterns»

En la actualidad, nos movemos en un entorno digital que favorece la transmisión masiva de datos de los consumidores, de manera que los comerciantes disponen de la información necesaria para poder desarrollar prácticas de persuasión personalizadas y realizar los ajustes necesarios sobre la base del comportamiento de los consumidores. **Lo anterior puede conducir al desarrollo de técnicas de venta que pueden resultar manipuladoras y, por tanto, desleales, desde el punto de vista de la protección de los consumidores**³³.

Si bien ni la Directiva 2005/29/CE ni la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) regulan de manera específica, por ahora, el uso de los *dark patterns*, estas normas pueden servir como punto de partida para analizar si el uso de estas técnicas constituyen prácticas desleales en las relaciones entre

²⁹ Reglamento (UE) 2022/2065 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

³⁰ **Considerando n.º 67 DSA:** Entre los ejemplos citados, se encuentran «*las opciones de diseño abusivas que dirigen al destinatario hacia acciones que benefician al prestador de plataformas en línea, pero que pueden no favorecer los intereses de los destinatarios, al presentar opciones de una manera que no es neutra, por ejemplo, dando más protagonismo a determinadas opciones mediante componentes visuales, auditivos o de otro tipo, cuando se le pide al destinatario del servicio que tome una decisión*» (**patrones de asimetría**) o también «*hacer que el procedimiento de anulación de un servicio sea considerablemente más engorroso que la suscripción a dicho servicio, hacer que determinadas opciones sean más difíciles o lleven más tiempo que otras, dificultar excesivamente la interrupción de las compras [...] engañar a los destinatarios del servicio empujándoles a tomar decisiones sobre transacciones o mediante ajustes por defecto que sean muy difíciles de cambiar*» (**patrones de restricción y engaño**).

³¹ Relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.

³² Reglamento General de Protección de Datos (RGPD).

³³ **Comisión Europea (2021).** *Guía sobre la interpretación...*, op. cit., pp. 100-101.

empresas y consumidores. Dado su intrínseco carácter manipulador y su potencial para distorsionar sustancialmente el comportamiento de los consumidores, habría que clasificar los diferentes patrones oscuros, en función de su diseño y objetivo, en alguno de los supuestos recogidos por la ley, sin perjuicio de que algunas de las prácticas que habitualmente se citan como *dark patterns* ya se encontrarían expresamente prohibidas, en cualquier circunstancia, en virtud del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE, como, por ejemplo, las prácticas de señuelo y cambio (apartados 5 y 6); o la creación de un sentimiento de urgencia basado en circunstancias falsas (punto 7). Asimismo, el uso de patrones oscuros en la distribución de contenidos en el entorno digital puede ser **reprochable desde el punto de vista de la legislación en materia de consumidores**, especialmente, cuando se trata de supuestos de contratación electrónica³⁴. Adicionalmente, en tanto en cuanto implican el **uso de datos personales de los usuarios** (nombres, números de tarjeta de crédito, etc.), dichas prácticas podrán ser analizadas desde la perspectiva de la regulación en esta materia³⁵.

Todo lo anterior puede resultar de aplicación a los videojuegos, especialmente, en aquellos con un componente online³⁶, donde pueden presentarse una gran variedad de prácticas dudosas desde la perspectiva de la lealtad y la protección de los consumidores, así como de la protección de datos. En este sentido, además de promociones y anuncios, como hemos expuesto, en la actualidad también se ofrecen **compras dentro de los videojuegos**, lo que debe llevar a los comerciantes a asegurarse de que cumplen con las obligaciones de información que impone la normativa de protección de los consumidores y, muy especialmente, a lo que respecta al procedimiento de pago de las compras —incluida la normativa sobre servicios de pago, vid. art. 64.1 Directiva (UE) 2015/2366— o al ejercicio de los derechos contractuales y legales de los usuarios, como el derecho de desistimiento.

Expuesto cuanto antecede, nos proponemos, ahora, realizar un **análisis de las diferentes prácticas comerciales**³⁷ **controvertidas utilizadas en Fortnite** que han sido puestas de manifiesto en el procedimiento seguido por la FTC contra Epic Games en EE.UU. Por un lado, trataremos de encuadrarlas en alguna de las principales categorías de *dark patterns* propuestas en el estudio realizado por la Universidad de Princeton y, por otro, abordaremos su encaje en la normativa nacional y comunitaria.

Práctica 1	Durante el proceso de compra de la moneda virtual no se informa al usuario del guardado automático de sus datos de pago, el cual tiene lugar por defecto.
-------------------	--

³⁴ Véase la regulación contenida en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE).

³⁵ Vid. la Resolución AEPD sobre patrones oscuros, *supra*, en la que se relaciona el uso de patrones oscuros con el incumplimiento del principio de lealtad ex art. 5.1.a) RGPD.

³⁶ **Comisión Europea (2021)**. *Guía sobre la interpretación...*, *op. cit.*, p. 103.

³⁷ Se trata de prácticas comerciales en el sentido del art. 19.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU). Por tanto, les serán de aplicación la normativa en materia de competencia desleal, ordenación del comercio minorista y las leyes sectoriales que pudieran corresponder.

	<p>Únicamente se ofrece un mecanismo <i>opt-out</i> consistente en el marcado de una casilla para evitar el guardado automático, la cual se trata de ocultar o de dificultar su aplicación al presentarse con un tamaño muy pequeño durante el proceso de compra.</p>
<p>Tipología de patrones oscuros</p>	<p>En esta mecánica podríamos identificar diferentes patrones oscuros: de ocultación de información, en tanto que no se informa sobre el guardado automático de datos de forma general, ni en la casilla para hacer un pago único; de encubrimiento, pues implicaría la posibilidad de realizar compras automáticas en el futuro —las cuales podrían realizar incluso los niños—, dado que no existiría una solicitud posterior de la confirmación; de asimetría, pues la información se presenta a los usuarios a través de una casilla pequeña, en relación con el resto de la información; y de restricción, toda vez que busca dificultar el ejercicio de la acción del usuario consistente en rechazar el guardado automático.</p>
<p>Consecuencias jurídicas</p>	<p>Tomando en consideración lo anterior, puede entenderse que el guardado automático de los datos de pago constituye una información relativa al procedimiento de pago, la cual debe ser facilitada por el empresario antes de que el usuario quede vinculado por un contrato a distancia, como es este caso (art. 97.h en relación con el art. 20.1 TRLGDCU y el art. 27.1 LSSICE). Cabría entender que tal exigencia deriva del hecho de que dicha información se entiende necesaria para que el destinatario pueda adoptar una decisión económica informada, lo que, sumado al resto de circunstancias en que tiene lugar esta práctica, podría conducir a apreciar que estamos ante una omisión engañosa ex art. 7.1 LCD, en lo que se refiere a la información sobre guardado automático de datos y a la ocultación deliberada de la casilla que afecta a lo anterior. A su vez, podría apreciarse una infracción administrativa por incumplir la normativa de protección de los consumidores (art. 47.1 apartados m, r o t TRLGDCU) Por último, podría suponer una infracción del principio de lealtad y transparencia del art. 5.1.a) RGPD, siguiendo la línea de la Resolución AEPD sobre patrones oscuros y una merma del principio de protección de datos por defecto y desde el diseño (art. 25 RGPD), ya que el guardado automático de datos puede no resultar indispensable para ofrecer el servicio de venta de contenidos <i>in-game</i>.</p>
<p>Práctica 2</p>	<p>Compras no deseadas de moneda virtual con tan solo pulsar un botón —gracias al guardado automático de datos de pago— causadas por la colocación del botón de compra junto al de otras opciones.</p>
<p>Tipología de patrones</p>	<p>Podría tratarse de un patrón oscuro de encubrimiento, puesto que el diseño de la interfaz y, en general, del proceso de compra está destinado a que el usuario realice acciones que</p>

oscuros	pueden no resultar deseadas, como consecuencia, en gran parte, de la práctica previa consistente en el guardado automático de datos de pago.
Consecuencias jurídicas	<p>En este caso, lo que ocurre es que existiría un error que afecta al consentimiento. Una cosa es que el usuario hubiera aceptado el guardado automático de sus datos de pago (cosa que, como hemos visto, puede haberse realizado de manera fraudulenta) y otra muy distinta es que ello implique que existe una voluntad inequívoca en todas las compras posteriores, máxime cuando el botón que ejecuta la compra se ha colocado de manera que sea habitual su pulsación accidental o no deseada (ver Imagen 1, <i>supra</i>). Por tanto, si bien podría entenderse que existe una declaración de voluntad expresada mediante la pulsación de un botón, este consentimiento no es absoluto, sino que puede estar viciado. En concreto, podríamos hablar de un error obstativo, al no coincidir la voluntad del usuario y la declaración en el negocio jurídico, pues no se quiere comprar, aunque se haya pulsado el botón que ejecuta la compra. Por tanto, al no existir voluntad, el negocio es inexistente, nulo. No obstante, la apreciación de esta circunstancia es restrictiva y requiere su prueba por quien lo alega como consecuencia del principio general <i>pacta sunt servanda</i>.</p> <p>Ahora bien, en este ámbito concreto, presenta una gran relevancia la potencial infracción del art. 64.1 Directiva (UE) 2015/2366 (incorporado al ordenamiento español en el art. 36 del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera), al no solicitarse el consentimiento del usuario para la ejecución de la operación de pago, ya que los datos de pago han sido almacenados por defecto, si el usuario no se ha opuesto. La consecuencia prevista es que la operación de pago se considera no autorizada, por lo que no debería realizarse el cargo.</p>
Práctica 3	Aplicación de penalizaciones a los usuarios que solicitan la devolución del importe indebidamente cobrado por la realización de compras no autorizadas de moneda virtual debidas al guardado automático de los datos de pago.
Tipología de patrones oscuros	Respecto a su clasificación como <i>dark pattern</i> , entendemos que podría subsumirse en la categoría de patrones de restricción , ya que buscan desincentivar el proceso para solicitar la devolución del importe cobrado sin consentimiento expreso.
Consecuencias jurídicas	Desde el punto de vista jurídico, y con independencia de si entendemos que no debe considerarse realizada la compra, es decir, incluso si nos situamos en la posición de que la compra automática de moneda virtual como consecuencia del almacenamiento de datos de pago por defecto es válida, esta práctica que busca desincentivar las reclamaciones podría ser sospechosa de constituir una práctica agresiva con los consumidores . Estas

	<p>penalizaciones se imponen a los usuarios en el momento de solicitar un reembolso por la realización de una compra no deseada debida a una práctica que puede resultar desleal, como es el guardado automático de datos de pago sin informar a los consumidores y sin ofrecerle un medio claro para oponerse; aprovechando esta situación para desplegar un comportamiento amenazador sobre la pérdida de acceso a contenido previamente adquirido si se persiste en la reclamación; e imponiendo un obstáculo no contractual consistente en el impedimento del ejercicio del derecho legal de desistimiento del consumidor en las compras a distancia ex art. 102 TRLGDCU (siempre que se realice dentro de plazo) (cfr. arts. 8 LCD y 9 Directiva 2005/29/CE). En consecuencia, también podría abordarse el uso de esta técnica desde la perspectiva de las prácticas abusivas prevista en el art. 86 TRLGDCU, al afectar al derecho de desistimiento del consumidor.</p>
Práctica 4	Configuración confusa de los botones a la hora de canjear moneda virtual por ítems, la cual provoca acciones no deseadas por parte de los usuarios
Tipología de patrones oscuros	<p>Nos referimos al caso en el que los botones de vista previa y compra están muy próximos, o a aquellos casos en los que las acciones asociadas a un botón cambian en función del producto de que se trate. Los primeros podrían constituir patrones de encubrimiento, en el sentido de que buscan que el usuario incurra en costes o realice acciones complementarias no deseadas. Por su parte, el otro supuesto mencionado parece que podría encajar dentro de los patrones de engaño, pues se modifica la función habitual asociada a los botones para que, en determinados casos, el usuario pulse por error el botón que ejecuta el canje de la moneda virtual por otros contenidos —lo que, en un principio, también ocurriría de manera automática, esto es, sin solicitar el consentimiento expreso—</p>
Consecuencias jurídicas	<p>Sin embargo, en este caso no habría un pago con moneda de curso legal, sino que el resultado es que se detrae la moneda virtual del saldo del usuario, lo que podría plantear dudas sobre si se estaría alterando el comportamiento económico del consumidor como tal, en este caso (arts. 5 LCD y 6 Directiva 2005/29/CE). Sin embargo, puede ocurrir que esta práctica lleve a los consumidores a adquirir más moneda virtual con moneda de curso legal, por lo que entendemos que se podría defender la alteración de su comportamiento económico.</p>
Práctica 5	Modificación de la interfaz para dificultar la cancelación de canjes no deseados, así como un diseño difícil y confuso para solicitar el reembolso de la moneda virtual por canjes no deseados
Tipología de	Por último, estas dos prácticas buscarían interferir en el ejercicio de los derechos del

<p>patrones oscuros</p>	<p>consumidor (patrones de restricción). En el primer caso (modificación de la interfaz), el botón para deshacer el canje se hizo deliberadamente más pequeño y se cambió su posición (ver Imágenes 2 y 3) (patrones de asimetría). En el segundo (proceso de reembolso), únicamente se busca desincentivar la solicitud de reembolso.</p>
<p>Consecuencias jurídicas</p>	<p>En ambos casos, la consecuencia jurídica podría ser una práctica desleal por agresiva, en los términos explicados en el apartado 3) anterior.</p>

5. CONCLUSIONES

Primera.- La evolución histórica de la distribución de los contenidos de videojuegos hacia un ecosistema digital ha propiciado la aparición de nuevas formas de monetización. Una de ellas es la inclusión de compras dentro de los videojuegos (denominadas microtransacciones *in-game*), las cuales se han convertido en uno de los modelos de negocio más relevantes de la industria de los videojuegos, debido a su extendido uso y su impacto económico.

Segunda.- Lo anterior supone el nacimiento de una nueva relación de consumo en la que el creador del videojuego distribuye contenidos, de manera directa, a los usuarios finales del videojuego, lo que implica la necesidad de dar cumplimiento a las normas legales que resulten de aplicación. No obstante, la distribución online de contenidos, en general y su uso dentro de la industria del videojuego, en particular, plantea diversos desafíos de carácter jurídico siendo, uno de ellos, el que se refiere a las prácticas comerciales utilizadas, las cuales, en determinados casos, podrían resultar ilícitas. Este sería el caso del uso de los llamados patrones oscuros (o *dark patterns*), entendidos, en términos generales, como aquellas técnicas de diseño de la interfaz de usuario que afectan a la capacidad de decisión de los consumidores y, por tanto, son susceptibles de alterar su comportamiento económico, a través del engaño, la presentación desigual de la información o la dificultad para llevar a cabo determinadas acciones, entre otras circunstancias.

Tercera.- En Estados Unidos, el organismo encargado de velar por la protección de los consumidores (*Federal Trade Commission*) ha sancionado en 2023 a Epic Games (una de las empresas más relevantes de la industria de los videojuegos), por el uso de patrones oscuros en las microtransacciones *in-game* de su videojuego *Fortnite*. La FTC determinó que el uso de técnicas como las compras automáticas con solo pulsar un botón —posibles gracias al guardado automático previo de los datos bancarios de los usuarios— o desincentivar la solicitud de reembolsos económicos derivados de lo anterior al prohibir el acceso a las cuentas de usuario, suponía una infracción de normas relativas a la competencia desleal en aquel país.

Cuarta.- Tras un análisis de las normas españolas y europeas, parece que esos y otros comportamientos puestos de manifiesto en el de *Fortnite* constituyen un uso de patrones oscuros, el cual podría ser sancionado también en España y Europa desde la perspectiva no sólo de los actos desleales con los consumidores, sino,

también, de otras materias como la protección de datos. Casi con toda seguridad, las conductas que hemos abordado en este trabajo se han dado ya o se darán en nuestro país, de manera que la resolución de la FTC puede aportar luz sobre la resolución de las acciones que pudieran plantearse, en España y Europa, contra Epic Games —u otros actores de la industria— respecto a las implicaciones jurídicas del uso de *dark patterns* en la distribución online de contenidos dentro de los videojuegos.