

NOTA INFORMATIVA

Directrices 2/2023 sobre el alcance técnico del art. 5.3 de la Directiva ePrivacy

El Comité Europeo de Protección de Datos (en adelante, el "EDPB") adoptó, el pasado 7 de octubre de 2024, la versión final, tras el periodo de consulta pública, de las Directrices 2/2023 (en adelante, las "Directrices") sobre el alcance técnico del art. 5.3 de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (en adelante, indistintamente, la "Directiva e-Privacy" o la "Directiva").



Lo que necesitas saber

- Las Directrices 2/2023 del EDPB tienen por objetivo aportar claridad sobre el ámbito de aplicación del artículo 5.3 de la Directiva e-Privacy, respecto al uso de nuevas técnicas de seguimiento que han proliferado como alternativa al uso de tecnologías habituales como las cookies.
- Para ello, el EDPB establece tres criterios acumulativos y analiza los conceptos clave a tener en cuenta para determinar la concurrencia de cada uno de los criterios establecidos.
- El documento incluye una lista no exhaustiva de casos de uso, identificando las condiciones que darían lugar a la aplicabilidad del artículo 5.3 de la Directiva e-Privacy para diferentes tecnologías de seguimiento atendiendo a los criterios indicados.
- Sin perjuicio de la aplicación del citado artículo, la necesidad de obtener el consentimiento para el uso de estas tecnologías o la posibilidad de aplicar una exención se debe evaluar en cada caso y de acuerdo con la transposición de la Directiva e-Privacy en cada Estado miembro.





El Comité Europeo de Protección de Datos (en adelante, el “**EDPB**”) adoptó, el pasado 7 de octubre de 2024, la versión final, tras el periodo de consulta pública, de las Directrices 2/2023 (en adelante, las “**Directrices**”) sobre el alcance técnico del [art. 5.3 de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002](#), relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (en adelante, indistintamente, la “**Directiva e-Privacy**” o la “**Directiva**”).

En este punto, conviene recordar que el artículo 5.3 de la Directiva e-Privacy establece las condiciones para permitir el uso de redes de comunicación electrónica con fines de almacenamiento de información u obtención de acceso a información almacenada en el equipo terminal de un usuario.

(I) Objetivo de las Directrices del EDPB

El objetivo de las Directrices es proporcionar una comprensión clara de las operaciones técnicas cubiertas por el artículo 5, apartado 3, de la Directiva e-Privacy, con el ánimo de resolver la ambigüedad sobre la aplicación de la norma a tecnologías de seguimiento que han proliferado como alternativa a herramientas generalmente utilizadas, como las cookies.

Para ello, se establecen finalmente **3 criterios** acumulativos que darían lugar a la aplicación del artículo 5.3:

- ❖ **Criterio A:** Las operaciones realizadas afectan a información. Y destaca, como se expondrá más adelante, que el término “Información” abarca un concepto más amplio que la mera noción de datos personales.
- ❖ **Criterio B:** las operaciones se realizan sobre el “equipo terminal” de un abonado o usuario (B.1), para lo cual debe evaluarse también la noción de “red pública de comunicaciones” (B.2).
- ❖ **Criterio C:** las operaciones efectuadas suponen “almacenamiento” (C.1) u “obtención de acceso” (C.2).

(II) Elementos clave de aplicabilidad del artículo 5.3 Directiva e-Privacy

El EDPB ofrece una descripción y análisis de los cinco conceptos clave para comprender los criterios bajo los que aplica el artículo 5.3 Directiva e-Privacy:

- ❖ **Concepto de “Información” (criterio A):** abarca un concepto más amplio que la noción de datos personales. Se refiere a cualquier dato, independientemente de que permita o no identificar a una persona física e independientemente de cómo hayan sido almacenados o por quién, ya sea por el propio usuario, una entidad externa u otro escenario que pudiera darse.
- ❖ **Concepto de “Equipo terminal” (criterio B.1):** el EDPB aclara que, por equipo terminal en el ámbito de la Directiva, debe entenderse un dispositivo que se

utiliza en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas conectado o conectable a la interfaz de una red pública de comunicaciones.

La interpretación de este concepto debe acoger el objetivo contemplado en el Considerando 24 de la Directiva e-Privacy, en virtud del cual la protección de la intimidad de los usuarios no se limita a garantizar la confidencialidad de su información, sino que tiene por objetivo salvaguardar también la integridad del propio equipo terminal.

- ❖ **Concepto de “Red pública de comunicaciones” (criterio B.2):** en tanto la definición de un equipo terminal se vincula a su conexión o conectividad con una “red pública de comunicaciones” resulta necesario aclarar esta noción para identificar el contexto en el que se aplica el artículo 5.3 de la Directiva e-Privacy. A tal efecto, debe entenderse como red de comunicaciones cualquier sistema de red que permita la transmisión de señales electrónicas entre sus nodos. El EDPB destaca la disponibilidad pública de la red de comunicación como característica necesaria para que el dispositivo se considere un equipo terminal y, en consecuencia, entre dentro de los parámetros de aplicabilidad del citado artículo 5.3. En este sentido, aclara que el hecho de que la red se ponga a disposición de un conjunto limitado del público no convierte a dicha red en privada.
- ❖ **Concepto de “Obtención de acceso” (criterio C.1):** se aclara que las acciones de “acceder” y “almacenar” pueden ser operaciones independientes y/o realizarse por diferentes entidades. Por tanto, en algunos casos, la entidad que ordena al equipo terminal que envíe de vuelta la información y la entidad que recibe la información pueden no ser la misma. Partiendo de esta premisa, la “obtención de acceso” abarcaría también la obtención de información mediante instrucciones que provoquen el envío proactivo de información por parte del equipo terminal.
- ❖ **Concepto de “Almacenamiento de información” e “Información almacenada” (criterio C.2):** con arreglo al artículo 5.3 de la Directiva e-Privacy, el almacenamiento de información se refiere a la instalación o introducción de información en un medio de almacenamiento electrónico que forma parte del equipo terminal de un usuario.

No obstante, por “información almacenada” debe entenderse la información ya existente en el equipo terminal, independientemente de la fuente o naturaleza de esta información. Esto incluye tanto los resultados obtenidos a través de la instalación o introducción de información en un medio de almacenamiento electrónico que forma parte del equipo terminal de un usuario tal y como se ha descrito previamente, como los resultados de otros procesos de almacenamiento de información adicionales al concepto descrito, como información almacenada por el propio usuario, por terceros fabricantes, o generada a través de sensores integrados en el equipo terminal.



(III) Casos de uso

Al inicio de las Directrices, el EDPB menciona que no se llevará a cabo un análisis de las exenciones al consentimiento del artículo 5.3 de la Directiva y destaca la importancia de evaluar si se requiere consentimiento o si se puede aplicar una exención al almacenar o acceder a información de acuerdo con la transposición de la Directiva e-Privacy de cada Estado miembro.

Con base en los criterios de aplicación y la interpretación de los conceptos expuestos, las Directrices contemplan, a modo ejemplificativo, diferentes casos de uso de varias tecnologías que entrarían dentro del ámbito de aplicación del artículo 5.3 de la Directiva e-Privacy:

- ❖ **Seguimiento de URL y píxeles:** Se trata de identificadores, como un hipervínculo a un recurso, que se encuentra presente en sitios webs o correos electrónicos utilizados para rastrear la actividad del usuario. Estos píxeles no suelen estar relacionados con el contenido solicitado, sino que su finalidad es establecer una comunicación entre el cliente y el anfitrión (host) que permite a este último recibir información que puede ser utilizada para rastrear o hacer seguimiento del usuario.

La distribución de tales enlaces y/o píxeles de seguimiento constituiría un “almacenamiento de información” en el equipo terminal del usuario que provocaría la aplicación del art. 5.3 de la Directiva e-Privacy.

Asimismo, la inclusión de información de seguimiento a las URL o imágenes (píxeles) enviadas al usuario constituyen una instrucción al equipo terminal para que devuelva la información dirigida (generalmente un identificador). En el caso de los píxeles de seguimiento contruidos dinámicamente, es la distribución de la lógica aplicativa (normalmente un código JavaScript) lo que constituye la instrucción. En consecuencia, la recogida de identificadores a través de tales mecanismos de seguimiento constituye una “obtención de acceso” que, igualmente, entraría dentro del ámbito de aplicación del artículo 5.3 de la norma para este proceso.

- ❖ **Tratamiento local:** las tecnologías basadas en el procesamiento local instruido por software y distribuido en los equipos terminales de los usuarios, donde la información que se produce por el procesamiento local se pone a disposición de actores seleccionados a través de una interfaz de programación (API) supondría la aplicación del art. 5.3 en la medida en que este proceso supone la “obtención de acceso” a información ya almacenada en el equipo terminal del usuario.
- ❖ **Seguimiento basado únicamente en la IP:** consiste en que los proveedores rastrean la navegación de usuario, en ocasiones, a través de múltiples dominios, basándose únicamente en la dirección IP.

El acceso a las direcciones IP daría lugar a la aplicación del art 5.3 de la Directiva e-Privacy, en los casos en que la información, en este caso la IP, haya sido

originada en el equipo terminal del usuario, incluso cuando la instrucción de facilitar la IP haya sido dada por una entidad distinta a la receptora.

- ❖ **Internet de las Cosas (IoT):** Los dispositivos IoT (Internet of Things), producen información de manera continua, la almacenan y transmiten. En la mayor parte de casos, la información se pone a disposición de un servidor remoto.

Algunos de estos dispositivos tienen conexión directa o indirecta a una red pública de comunicaciones, lo que se consideraría en sí mismo un equipo terminal. Por otro lado, es posible que la información se transmita mediante streaming o se almacene en caché para su notificación intermitente. En este sentido, las Directrices prevén que pueden darse diferentes modalidades de recopilación y transmisión de la información generada si bien indica que, al margen de estas diferencias, sería de aplicación el art. 5.3 de la Directiva e-Privacy, en tanto en cuanto la transmisión de los datos almacenados supondría una obtención de acceso.

- ❖ **Uso de identificadores únicos:** estos identificadores pueden derivarse de datos personales persistentes que se codifican en el dispositivo del usuario, los cuales posteriormente se recopilan y comparten entre varios responsables del tratamiento para identificar a una persona a través de diferentes conjuntos de datos.

El hecho de que la información sea proporcionada por el propio usuario no impide la aplicación del art 5.3 de la Directiva e-Privacy, en tanto se realice un almacenamiento temporal de información en el equipo terminal del usuario antes de su recogida. Asimismo, la recopilación de información de los identificadores únicos en sitios web o aplicaciones móviles supondría una obtención de acceso.

Cabe destacar que, el objetivo de las Directrices es clarificar cuando resulta de aplicación el artículo 5.3 de la Directiva e-Privacy. No obstante, y sin perjuicio de que pueda resultar de aplicación, se deberá evaluar si el uso de estas tecnologías requiere la obtención del consentimiento o si concurre alguna de las exenciones a la obtención de este previstas en la norma.

(IV) Conclusión

Las Directrices del EDPB proporcionan los elementos clave para clarificar la interpretación del artículo 5.3 de la Directiva e-Privacy, reafirmando la importancia de proteger la privacidad de los usuarios en el entorno digital actual, donde las tecnologías de seguimiento son cada vez más sofisticadas.

A pesar de que la lista de casos de uso que se indica en las Directrices no es exhaustiva, la conceptualización que se realiza de los tres elementos clave permite determinar cuándo podemos estar ante una tecnología que sea susceptible de entrar dentro del ámbito de aplicación del artículo 5.3 de la Directiva.

En todo caso, **es importante destacar que las Directrices no analizan las exenciones al consentimiento del artículo 5.3** ya que, la necesidad de obtener el mismo o la posibilidad



de aplicar una exención, se debe evaluar de acuerdo con la transposición de la Directiva e-Privacy en cada Estado miembro.

Área de Protección de Datos de ECIJA

info@ecija.com

Telf: + 34 91.781.61.60