

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMIERAKO LANA
MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA

.....

“LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* EN LOS ACTIVOS DIGITALES”

Lorena Prieto Calera

DIRECTOR / ZUZENDARIA

María Jorqui Azofra

Pamplona / Iruñea

23 de enero de 2021 / 2021ko urtarrilaren 22an

Resumen: El uso que una persona hace de internet puede ser relevante después de su muerte. No solo en el ámbito patrimonial de la herencia de la persona, sino también en el ámbito extrapatrimonial de la protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. También entra en juego el derecho contractual, puesto que el uso de internet conlleva en muchos casos la creación de relaciones jurídicas entre el prestador de servicios de internet y el usuario. Esto nos lleva a preguntarnos si los bienes y contenidos digitales pueden formar parte de la herencia, qué ocurrirá con los bienes de naturaleza extrapatrimonial y si las condiciones generales que impiden su transmisión son vinculantes. Se analizará también la regulación dada por la legislación de protección de datos de carácter personal al respecto que, a pesar de su evidente conexión, se ha alejado de lo dispuesto en el derecho de sucesiones.

Palabras clave: Activos digitales, Voluntades digitales, Transmisibilidad *mortis causa*, Protección de datos.

Abstract: A person's internet usage could be relevant after his death, not only in the patrimonial field of the inheritance, but also in the extra-patrimonial field of the *post mortem* protection of personality rights. Contract law must also be considered, since the use of internet entails the creation of legal relationships between the internet service provider and the user in many cases. This leads us to ask ourselves: Can digital assets be part of the inheritance? What will happen to the digital assets with extra-patrimonial nature? Are the general conditions that ban its transmission binding? The regulation given by the personal data protection legislation will also be analysed in this regard, which despite its obvious connection, has moved away from what it is established by inheritance law.

Key words: Digital assets, Digital will, Transfer of property upon death, Data protection.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	5
I. INTRODUCCIÓN	6
II. DELIMITACIÓN DE CUESTIONES TERMINOLÓGICAS CLAVE	8
2.1. Voluntades digitales	8
2.2. Identidad digital y patrimonio digital	11
2.3. Herencia digital y herencia analógica	13
2.4. Testamento digital y testamento analógico	14
2.5. Bienes digitales, servicios digitales y bienes con elementos digitales	18
<i>2.5.1. Bienes, productos o contenidos digitales</i>	19
<i>2.5.2. Servicios digitales</i>	19
2.5.2.1. Servicios de almacenamiento en línea.....	20
2.5.2.2. Servicios de redes sociales y servicios de comunicación electrónica	20
<i>2.5.3. Puros datos</i>	21
<i>2.5.4. Bienes con contenido digital</i>	21
III. DISPOSICIÓN SOBRE LOS ACTIVOS DIGITALES	21
3.1. Naturaleza de los activos digitales	21
3.2. Puntos de fricción de la disposición sobre los activos digitales	24
<i>3.2.1. Derecho de sucesiones y protección de los derechos de la personalidad</i> 25	
3.2.1.1. Transmisibilidad de los derechos de la personalidad	25
3.2.1.2. Interacción del derecho de sucesiones con los derechos de la personalidad	28
3.3. Derecho de sucesiones y contratos de adhesión	35
IV. LA REGULACIÓN DE LAS VOLUNTADES DIGITALES	40
4.1. El artículo 3 de la LOPDGDD “Datos de las personas fallecidas”	42
4.2. El artículo 96 de la LOPDGDD “Derecho al testamento digital”	42

4.3. Planteamiento de la problemática	43
<i>4.3.1. Sujetos legitimados</i>	44
4.3.1.1. Persona designada por el fallecido	47
4.3.1.2. Herederos o albacea universal	49
4.3.1.3. Personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho	49
<i>4.3.2. Facultades de los legitimados</i>	50
<i>4.3.3. Forma y validez de las instrucciones</i>	56
<i>4.3.4. Condiciones generales del contrato y configuración de la plataforma o sitio web</i>	58
V. CONCLUSIONES	60
BIBLIOGRAFÍA	64

ABREVIATURAS

CC: Código Civil.

CCCat: Código Civil Catalán.

CE: Constitución Española.

Ley 41/2002: Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Ley catalana 10/2017: Ley 10/2017, de 27 de junio, de las Voluntades Digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña.

Ley Orgánica 1/1982: Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

LIFL: *Loi n° 79-17 du 6 janvier 1979 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.*

LOPDGDD: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Op. cit.: *Opere citato*, en la obra citada.

RGPD: Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos).

RUFADAA: *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act.*

I. INTRODUCCIÓN

El Internet que conocemos hoy en día, la *World Wide Web* (www), se presentó en 1991. En apenas treinta años ha pasado de ser un completo desconocido a formar parte de casi todos los ámbitos de nuestra vida. Mientras que antes guardábamos en un cajón las fotos, películas, juegos, documentos, trabajos, etc., ahora los guardamos en la *nube*. Hacemos compras *online*. Vemos películas y series *online* a través de un prestador de servicios como puede ser *Netflix* o *HBO*. También nos comunicamos por medio de correos electrónicos o mensajería instantánea y proyectamos una imagen de nosotros mismos a través de una cuenta en una red social en la que subimos fotos, hacemos comentarios, publicamos cosas, etc. Todas estas situaciones surgen de una relación jurídica entre el titular del servicio y el usuario.

Según la investigación llevada a cabo por Öhman, en el caso de que *Facebook* no tuviese nuevos usuarios desde 2018, en 2100 tendría un mínimo de 1400 millones de usuarios fallecidos. Si continuase creciendo al ritmo de 2018, en 2100 los usuarios fallecidos ascenderían a 4900 millones¹. Estos usuarios generan grandes volúmenes de datos en línea, lo que tiene sus consecuencias. No solo en lo referente a la protección de datos de los usuarios fallecidos, sino también con relación a la sucesión en lo digital.

La permanencia de los datos y activos digitales tras la muerte no ocurre únicamente en *Facebook*, sino en todas las plataformas y servicios de internet que una persona pueda tener en el momento de su fallecimiento. Internet puede prolongar nuestra “existencia” después de morir. Los comentarios que hayamos puesto, las conversaciones que hemos tenido y las reflexiones que hemos publicado permanecerán en la web una vez fallecidos. ¿Podrán acceder nuestros familiares a estas cuentas? ¿Y borrarlas?

Ya hay empresas que han visto un nicho de mercado en este asunto. Así, ofrecen distintos servicios como enviar tus contraseñas a la persona que el titular elija en el momento en que se notifique el fallecimiento, la cancelación de cuentas y contraseñas, asegurar tu legado digital, gestionar tu patrimonio digital, etc. Otras, como veremos, ofrecen la creación de un testamento digital, ¿es esto posible en nuestro país? ¿Y necesario?

¹ ÖHMAN, C.J., “Are the dead taking over Facebook? A Big Data approach to the future of death online”, en *Big Data & Society*, 2019, <https://doi.org/10.1177/2053951719842540>.

Por su parte, los artículos 3 y 96 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, permiten el acceso a los datos personales y contenidos digitales del fallecido, respectivamente, así como dar instrucciones sobre su rectificación o supresión e incluso mantenimiento, utilización o destino —en el caso de los contenidos digitales—, a las personas vinculadas a este por razones familiares y de hecho. Todo ello como regla general y salvo prohibición expresa del causante (o de la ley).

Por otro lado, cuestiones tales como la relativa a si puede transmitirse la cuenta de *Facebook* mediante testamento o si puede disponer el causante de su patrimonio digital como lo puede hacer con el patrimonio *analógico*, nos invitan a reflexionar acerca de qué sucede cuando el usuario fallece y qué normas entran en juego.

El presente trabajo tiene como objetivo abordar la problemática que se plantea en esta materia relativa a la sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital. Para ello partiremos de la delimitación de algunas cuestiones terminológicas clave, a efectos de aclarar si el hecho de añadir a muchos de los clásicos conceptos sucesorios el adjetivo “digital”, cambia o no su significado o se pretende, con ello, la promoción de nuevos modelos de negocio. Por otra parte, resulta esencial determinar la naturaleza de los activos digitales, que pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Ya que ello conllevará a delimitar también qué aspectos de la sucesión en lo digital se hallan regulados por otras normas (tales como las relativas a la protección de datos personales, la defensa del honor, la intimidad y la propia imagen, la salvaguarda del secreto de las comunicaciones, las normas sobre propiedad intelectual, y el derecho contractual). Todo lo cual nos llevará a examinar qué posibles fricciones pueden emerger en torno a la disposición y sucesión sobre dichos contenidos digitales, teniendo en cuenta que en ellos interactúan y confluyen el derecho de sucesiones, el derecho de la persona y el derecho contractual. Analizaremos también, de forma crítica, los artículos 3 y 96 de la Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales, comparándolos con la regulación establecida sobre esta materia en Francia, Estados Unidos y Cataluña. Finalmente, veremos cómo la problemática que plantea esta materia requiere una mayor coherencia normativa en ciertas cuestiones, tales como las relativas al haz de facultades que se atribuyen (sin matices ni limitaciones) a un amplio elenco de sujetos (sin orden de prelación) para acceder y gestionar los intereses digitales de la persona fallecida.

II. DELIMITACIÓN DE CUESTIONES TERMINOLÓGICAS CLAVE

Con el objeto de desarrollar el tema que nos ocupa, es precisa la delimitación de una serie de términos que se utilizan en un ámbito tan cambiante y complejo como es el entorno digital. Hay que preguntarse qué puede formar parte del objeto de la sucesión *mortis causa* (esto es, qué activos y pasivos, en formato digital, integran el caudal relicto, pues habrá bienes o contenidos digitales de carácter patrimonial y otros extrapatrimoniales), si la herencia analógica y la digital son lo mismo, si el testamento es medio idóneo para transmitir el patrimonio digital, etc. Aclarar estas nociones no resulta fácil, pero sí necesario para comprender la realidad de la sucesión en lo digital.

Realidad que, como veremos, se hace más compleja dada la necesidad de delimitar las cuestiones de la sucesión que, en este ámbito, están regidas por otras normas, tales como las relativas a la protección de datos personales, a la salvaguarda del honor, la intimidad y la propia imagen, las concernientes a la propiedad intelectual, al secreto de las comunicaciones, así como al derecho contractual.

Como veremos a continuación, resulta frecuente encontrar expresiones como “herencia digital”, “testamento digital”, “heredero, legatario y albacea digital”. Resulta preciso aclarar si el hecho de añadir el término “digital” a los mencionados conceptos sucesorios es adecuado o no.

2.1. Voluntades digitales

Las voluntades digitales son las disposiciones establecidas por una persona para ordenar el destino de sus bienes y servicios digitales después de su muerte. De esta forma, correspondería, en principio, a la persona designada por el causante el tratamiento de la huella digital de éste, así como de los bienes y servicios digitales de los que sea titular².

En esta línea las define el artículo 411-10 del Código Civil Catalán, en adelante CCCat, como *las disposiciones establecidas por una persona para que, después de su muerte, el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para*

² Como veremos más adelante, a tenor de lo dispuesto en el Código Civil se da prioridad en la ejecución testamentaria al albacea cuando ha sido designado por el propio testador. A falta de tal nombramiento, el heredero es el executor natural de las últimas voluntades del testador (art. 911 CC). Si bien este debiera ser el orden de preferencia que habría de seguirse con respecto al patrimonio digital del causante, veremos que no parece ser esta la solución mantenida por la actual normativa de protección de datos en relación con los datos personales de la persona fallecida y con los contenidos digitales, donde observaremos cómo se amplía el elenco de legitimados para ejercer ciertas facultades (tales como acceder a dichos datos y contenidos digitales).

ejecutarlas actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas pendientes.

En la actualidad, empresas como «Mi legado digital», ofrecen crear tu propio “testamento digital” para “contemplar todas tus voluntades sobre tu presencia en la red, así como la salud, el honor, la intimidad, la imagen, la reputación *online* y el secreto de las comunicaciones”³. Este tipo de empresas pueden utilizarse por los interesados para gestionar su presencia en internet y trasladarla, después de su fallecimiento, a la persona expresamente designada por ellos para que la gestione o la elimine definitivamente⁴.

La identidad digital pervive después de la muerte de la persona como una identidad *post mortem*, continuando operativos redes sociales, cuentas de correo, etc., por lo que la regulación de las voluntades digitales supondría reconocer al titular de estas cuentas el derecho a decidir en vida cómo quiere que se gestione su memoria digital, pudiendo encomendárselo a un tercero⁵.

Un sector de la doctrina establece en lo relativo a la personalidad pretérita que “extinguida la persona, deja de ser centro de poder y responsabilidad, más persiste la operancia de su voluntad pretérita (expresada en testamento, sobre todo) y el derecho a la buena fama y la propia reputación, que pueden hacer efectivo los herederos y los más próximos parientes”⁶. La conjunción de ambos es el fundamento de las voluntades digitales.

Se trata, por tanto, de un fundamento doble, debido a la doble virtualidad de los bienes y servicios digitales que ordenan, que pueden ser patrimoniales, extrapatrimoniales o ambos. De esta forma, en lo referente a los bienes y servicios que tienen carácter patrimonial, el fundamento es el mismo que el de la sucesión por causa de muerte. Según DÍEZ PICAZO y GULLÓN, “la sucesión por causa de muerte responde en cualquier caso a una necesidad social que se encuentra en la necesidad de seguridad, que exige la continuidad en las relaciones jurídicas”⁷; es decir, que en el momento en que una persona

³ Bequest Digital Trust S.L. Testamento Digital. Mi legado digital. Disponible en: <https://www.milegadodigital.com/testamento-digital/>.

⁴ SOLÉ RESINA, J. “Las voluntades digitales: marco normativo actual”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXI, 2018, fasc. II, pág. 422.

⁵ SOLÉ RESINA, J. op. cit. pág. 420.

⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. (Dir.). *Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Parte general. Personas*, Volumen II, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 23 y 24.

⁷ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV, Tomo 2, Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2017, pág. 23.

fallezca, su patrimonio tenga unos titulares que se hagan cargo tanto del activo como del pasivo.

Por otro lado, en lo relativo a los bienes y servicios de los que el causante sea titular y tengan contenido extrapatrimonial, es decir, aquellos en los que entran en juego sus identidades virtuales, el fundamento será proteger la memoria del difunto. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, Ley Orgánica 1/1982), establece que “aunque la muerte del sujeto extingue los derechos de la personalidad la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho”.

Así, el artículo 4 de la citada ley establece que *“el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica”*. Añade el apartado dos que: *“o existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. A falta de éstos: “El ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a instancia de persona interesada, siempre que no hubiesen transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado”* (art. 4.3).

La pervivencia de las redes sociales, las cuentas de correo electrónico, los blogs, etc., después de la muerte de su titular, hace relevante la existencia de un instrumento que permita a éste designar a la persona encargada de eliminarlas o continuar gestionándolas una vez fallecido.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe la figura de las últimas voluntades digitales. Aunque la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), regula en su artículo 3 el acceso a los datos personales de la persona fallecida por parte de las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos. Este artículo, en su apartado 2, recoge la designación expresa del fallecido a personas o instituciones para que puedan solicitar el acceso a sus datos y en su caso su supresión o rectificación. Sin embargo, no establece la forma de designación, dejando los requisitos y condiciones para acreditar la validez, vigencia y registro de estos mandatos e

instrucciones a un Real Decreto posterior. Ocurre lo mismo con el acceso a los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas que recoge el artículo 96 de la LOPDGDD.

2.2. Identidad digital y patrimonio digital

Si algo tenemos claro es que la muerte de las personas extingue la personalidad civil. Así lo establece el artículo 32 del Código Civil (en adelante, CC). Sin embargo, en la actualidad cuando fallece una persona puede tener una serie de archivos en la nube, perfiles en redes sociales de diverso tipo, blogs, etc.

Nuestra interacción digital deja rastros sobre nuestra navegación y presencia *online*, lo que contribuye a la creación de la identidad digital, que es para GARCÍA HERRERA “una representación de nosotros mismos en el Ciberespacio construida a través de nuestra actividad en internet”⁸. Todo lo cual deja una huella o rastro de nuestra personalidad en dicho ámbito digital. Y ello merecerá, tras la muerte, la misma protección que requiere la personalidad pretérita en la realidad no digital.

GIONES-VALLS y SERRAT-BRUSTEGA sostienen que la identidad digital se construye de forma activa mediante la incorporación de textos, imágenes y vídeos a internet y, en las redes sociales, a partir de un perfil de usuario⁹.

En cuanto a su naturaleza, GONZÁLEZ GRANADO relata que “la identidad digital es un derecho de la personalidad autónomo (en cuanto conceptualmente diferenciado del honor, la propia imagen, el nombre o los apellidos) y, como tal, innato, erga omnes, privado, irrenunciable y extrapatrimonial (aun cuando en sus manifestaciones sea susceptible de valoración económica y de negocios jurídicos)”¹⁰.

Se trata por tanto de un derecho intransmisible. Es el conjunto de rasgos digitales con el que una persona física o jurídica se muestra en la red. Así, una vez fallecido el titular de la identidad digital, sus perfiles en redes sociales, sus *nicks* en comunidades virtuales pasan a integrar, como el resto de los atributos de la personalidad, su *memoria defuncti* a modo de identidad digital *post mortem*. Se trata de un concepto ligado a la

⁸ GARCÍA HERRERA, V., “La disposición sucesoria del patrimonio digital”, en *Actualidad civil*, 2017, núm. 7-8, pág. 66.

⁹ GIONES-VALLS, A. y SERRAT-BRUSTEGA, M. “La gestión de la identidad digital: una nueva habilidad informacional y digital”, en *Textos universitarios de biblioteconomía i documentación*, 2010, núm. 24, pág. 3.

¹⁰ GONZÁLEZ GRANADO, J. “Solo se muere una vez: ¿herencia digital?”, en OLIVA LEÓN, R. y VALERO BARCELÓ, S. (Coords.), *Testamento ¿digital?*, Juristas con futuro, España, 2016, pág. 40.

personalidad de modo presunto, puesto que no hay garantía de correspondencia con la identidad física¹¹.

Esta identidad digital *post mortem*, como representación digital de la personalidad¹², no tendrá cabida en la herencia y su defensa corresponderá a la persona designada por el fallecido y, a falta de esta, al cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos de la persona que viviesen al tiempo de su fallecimiento conforme al artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982.

La identidad digital debe diferenciarse de la identidad virtual, que es aquella identidad que se utiliza en una o varias aplicaciones de internet¹³. ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ refiere que la identidad virtual es “algo a caballo entre el nombre comercial y la propiedad intelectual. Es algo nuevo, fruto de las nuevas tecnologías, aunque sustancialmente es una creación del hombre, con un fin concreto”¹⁴. Así, no sería distinto de cualquier obra, con la salvedad de que en la identidad virtual se tiene la sensación de que una máquina adquiere vida propia, o que una persona puede tener distintas personalidades. Apunta también que la identidad virtual es algo distinto de lo que hagamos con ella¹⁵.

El mismo autor conviene en que las identidades virtuales, a diferencia de la identidad digital, subsisten tras la muerte de su titular y tienen un valor y un contenido determinable y evaluable, que podrá ser bien de carácter emotivo o económico¹⁶.

Las identidades virtuales de carácter económico formarán parte del patrimonio digital. Este estaría formado por toda la información que remitimos o recibimos online por correo electrónico, redes sociales, webs o dominios virtuales, los archivos alojados en la nube, los derechos de uso que se puedan tener en las distintas plataformas online, los beneficios económicos en cuentas o monederos electrónicos, los *bitcoins*, etc.¹⁷ Se

¹¹ GONZÁLEZ GRANADO, J., *op. cit.*, pág. 41.

¹² GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 66.

¹³ *Ibidem*, pág. 66.

¹⁴ ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F. “Testamento digital”, en OLIVA LEÓN, R. Y VALERO BARCELÓ, S. (Coords.), *Testamento ¿digital?* Juristas con futuro, España, 2016, pág. 28.

¹⁵ Para reflejar esta idea pone el siguiente ejemplo: “Este blog es el resultado de mi identidad virtual, sin embargo, tiene un conjunto de metadatos, que va más allá de los posts concretos que se publican en él. Así, puntualmente, hay colaboradores de este blog, y, sin embargo, siendo los posts elaborados por ellos, y teniendo esos colaboradores su propiedad intelectual sobre el post elaborado, estos posts forman parte de mi identidad virtual”. ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F. “Testamento digital”, en OLIVA LEÓN, R. Y VALERO BARCELÓ, S. (Coords.), *op. cit.*, pág. 28.

¹⁶ *Ibidem*, págs. 29 y 30.

¹⁷ RECHE TELLO, N. “Artículo 96. Derecho al testamento digital”, en ARENAS RAMIRO, M. y ORTEGA GIMÉNEZ, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de*

trata de bienes, derechos, acciones y obligaciones con valor patrimonial y, por tanto, serán transmisibles, computando en la herencia de su titular, con la única limitación que se derive del propio archivo o del servicio en que se haya adquirido, que podrá ser la de establecer un número limitado de reproducciones, un periodo temporal de uso o la reproducción en un soporte físico o en un ámbito espacial determinados¹⁸. Sin embargo, este patrimonio digital ¿puede integrarse dentro de la “herencia analógica” tal y como conocemos hoy en día? ¿O es necesario referirnos a una “herencia digital”?

2.3. Herencia digital y herencia analógica

El artículo 659 CC establece que *“la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte”*. Por su parte, el artículo 3.1 del mismo cuerpo legal establece que las normas *“se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”*.

No cabe duda de que el patrimonio digital integrará la herencia de forma igual al patrimonio “analógico”, pues tiene cabida en esta. El patrimonio digital comprende bienes, derechos y obligaciones al igual que lo hace el patrimonio tradicional. Así, no debe tratarse la sucesión digital de distinta forma a la analógica, como una herencia o sucesión especial, sino que debemos adaptar la realidad social actual, en la que entra el patrimonio digital, al esquema clásico sucesorio, encontrando soluciones nuevas dentro de ese esquema para las situaciones que no puedan enmarcarse en las categorías tradicionales¹⁹.

Por tanto, no existirá una herencia digital como institución diferenciada de la herencia física o analógica. El patrimonio digital formará parte de la masa activa de la herencia, sin ninguna especialidad respecto del resto de bienes del causante, ya sean compras realizadas en comercio digital y pendientes de entrega, saldo existente en

Derechos Digitales (en relación con el RGPD), Sepín, Madrid, 2019, pág. 403; GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.*, pág. 66.

¹⁸ LLOPIS, J.C. (10/07/2014). La transmisión hereditaria de archivos digitales. José Carmelo Llopis Notario. Disponible en: <http://www.notariallopis.es/blog/i/117/73/la-transmision-hereditaria-de-archivos-digitales>.

¹⁹ LLOPIS, J.C. (10/07/2014). La transmisión hereditaria de archivos digitales. José Carmelo Llopis Notario. Disponible en: <http://www.notariallopis.es/blog/i/117/73/la-transmision-hereditaria-de-archivos-digitales>.

cuentas, o monederos electrónicos, *bitcoins* o archivos digitales adquiridos o creados en vida por el causante, etc.²⁰.

El problema con el patrimonio digital vendría dado, no por la institución analógica o digital de la herencia, sino por el conocimiento de su existencia y la accesibilidad a los contenidos que lo integran, que podrán estar alojados en dispositivos del causante o custodiados por un prestador de servicios²¹. Asimismo, habrá que aclarar qué forma parte de la masa patrimonial digital heredable y qué es lo que se halla vinculado a la esfera personal del fallecido no siendo, por ello, susceptible de transmisión pero sí de tutela.

Por otra parte, es preciso señalar que el heredero del patrimonio digital, en caso de no aceptar la herencia a beneficio de inventario (art. 998 CC), tendrá que hacerse cargo también del pasivo digital, que podrán constituirlo las deudas en juego *online*, los pagos de plataformas en las que el causante estuviese suscrito y no se hayan cancelado, etc.

2.4. Testamento digital y testamento analógico

La fundadora de «Mi Legado Digital», Judith Giner, diferencia entre testamento *online*, que define como “un testamento al uso que lo realizamos por medios digitales” y testamento digital, es decir, el “documento legal que permite a una persona dar instrucciones sobre qué hacer con su presencia digital una vez que fallezca”²². A su vez, el artículo 96 de la LOPDGDD se encuentra rubricado como “*Derecho al testamento digital*”. Pero ¿realmente existe el testamento digital en España?

El CC define el testamento en su artículo 667 como “*el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos*”. Por su parte, el artículo 687 del mismo texto legal establece la nulidad del testamento que se otorgue sin observar las formalidades necesarias para testar.

²⁰ GONZÁLEZ GRANADO, J., *op. cit.*, pág. 43.

²¹ OTERO CRESPO, M. “La sucesión en los ‘bienes digitales’. La respuesta plurilegislativa española”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 4, 2019, pág. 103. Para esta autora (según expone en la página 97), con la expresión herencia digital se pretende englobar tanto contenidos digitales extrapatrimoniales (por ejemplo, perfiles en redes sociales) como patrimoniales (por ejemplo, bitcoins). Por tanto, “la corrección de la expresión ‘herencia digital’ queda en entredicho si consideramos que herencia y patrimonio son sinónimos, pero resultaría admisible si asumimos la teoría de que la herencia trasciende lo puramente patrimonial”.

²² GINER GANDÍA, J. “El testamento digital sí existe y ya ha llegado”, en OLIVA LEÓN, R. y VALERO BARCELÓ, S. (Coords.), *Testamento ¿digital?* Juristas con futuro, España, 2016, pág. 57.

El artículo 676 CC establece que el testamento puede ser común, que a su vez puede ser ológrafo, abierto o cerrado, o especial. Por su parte, los testamentos especiales son el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero (art. 677 CC).

En toda forma testamentaria interviene el notario. En el testamento abierto, el testador manifiesta su última voluntad en presencia del notario, que queda enterado de lo contenido en el testamento (art. 679 CC). En el testamento cerrado, el testador, sin revelar su última voluntad, declara ante notario que esta se encuentra contenida en el pliego que le presenta (art. 680 CC). El testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo, en los cinco años siguientes al fallecimiento del testador, ante Notario (art. 689 CC). Si no se protocoliza, queda sin efecto. En el caso de los testamentos en peligro de muerte y en caso de epidemia (arts. 700 y 701 CC), que pueden otorgarse ante cinco o tres testigos respectivamente, serán ineficaces si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento, no se acude al notario competente para que lo eleve a escritura pública (art. 703 CC). Por su parte, los testamentos especiales militar y marítimo deberán remitirse al Colegio Notarial correspondiente, en el primer caso por el Ministerio de Defensa y en el segundo caso por el ministro de la Marina (arts. 718 y 727 CC). El Colegio Notarial remitirá el testamento al Notario correspondiente al último domicilio del testador, que deberá comunicar, en los diez días siguientes, su existencia a los herederos y demás interesados en la sucesión, para que comparezcan ante él al objeto de protocolizarlo (art. 718 CC). Por último, el testamento hecho por españoles en país extranjero y conforme a la legislación española, deberá otorgarse ante el funcionario diplomático o consular de España que ejerza funciones notariales en el lugar del otorgamiento (art. 734 CC).

No se contempla en la legislación española un “testamento digital”, que será nulo en virtud del artículo 687 CC²³. Cabe matizar que podría darse el caso de existir testamentos ológrafos realizados en dispositivos electrónicos que permitan escribir a mano, pero en ese caso no estaríamos ante un testamento digital como los que ofrecen diferentes servicios web de nuestro país sino por un testamento ológrafo en soporte digital²⁴.

²³ No cabe realizar completamente testamentos notariales o testamentos ológrafos en soportes informáticos o vía online. La denominación “testamento digital” no es correcta. Con dicha denominación se está haciendo referencia más bien al contenido y no tanto a que el instrumento sucesorio sea electrónico. LLOPIS, J.C. (10/07/2014). La transmisión hereditaria de archivos digitales. José Carmelo Llopis Notario. Disponible en: <http://www.notariallopis.es/blog/i/117/73/la-transmision-hereditaria-de-archivos-digitales>

²⁴ ROSALES, F. (05/11/2018). Testamento ológrafo digital. Notario Francisco Rosales. Disponible es <https://www.notariofranciscosales.com/testamento-olografo-digital/>.

Tampoco se contempla la existencia de un testamento sin la intervención del notario, que “además de dar fe de las voluntades expresadas en el testamento, tiene una función preliminar esencial, cual es la de identificar, de forma indubitada, a las personas que aparezcan en el acto del otorgamiento, reconocimiento que, a día de hoy, no dispone de una alternativa online fiable y admisible en derecho”²⁵.

Autores como RECHE TELLO consideran que el legislador ha errado en la utilización de la expresión “*Derecho al testamento digital*”, como título del artículo 96 de la LOPDGDD, “habiendo sido más adecuado hablar de voluntades digitales como parte integrante del testamento que dispone tanto el patrimonio analógico como digital”²⁶. El legislador en este precepto no regula una nueva forma testamentaria y mucho menos el derecho a ella, sino que establece cómo ha de regirse el acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas. De hecho, en el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, de 24 de noviembre de 2017, este derecho figuraba bajo la rúbrica “*Acceso a contenidos de personas fallecidas*”.

Por su parte, CÁMARA LAPUENTE, considera que el testamento notarial es el medio idóneo para disponer del patrimonio digital, no necesitándose acudir a nuevas instituciones como sería un testamento digital. Este autor da una serie de argumentos para apoyar su afirmación:

- Por la flexibilidad de su contenido, ya que el testamento puede abarcar disposiciones patrimoniales y extrapatrimoniales. Además, conviene señalar que, gracias a esta característica, no habrá problema para que además del patrimonio del causante, se regule el destino de otros bienes digitales que no tengan contenido patrimonial.
- Por la garantía de la identidad y capacidad del otorgante. Aunque la identidad podría resolverse con la firma electrónica (y el control material, formal y de legalidad del documento también puede realizarse a distancia), la fe de la

²⁵ GARCÍA HERRERA, V., “La disposición sucesoria del patrimonio digital”, en *Actualidad civil*, núm. 7-8, 2017, págs. 69 y 70.

²⁶ RECHE TELLO, N. “Artículo 96. Derecho al testamento digital”, en ARENAS RAMIRO, M. y ORTEGA GIMÉNEZ, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepín, Madrid, 2019, pág. 401 a 405.

capacidad del otorgante solo puede verificarla el notario de forma personal, comprobando la plena capacidad y su libertad para autogobernarse.

- Extinguida la personalidad, el testamento es el único medio legal para nombrar auténtico albacea o heredero, con plena legitimación frente a terceros²⁷.

No obstante, el testamento notarial presenta una serie de inconvenientes cuando hablamos de patrimonio digital. En primer lugar, dada la cantidad de veces que se pueden cambiar las contraseñas, cuentas de usuario, etc., de los perfiles que van a formar parte del patrimonio digital, de las cuentas bancarias o de los sitios que alojan los archivos que también formarán parte de este patrimonio. También es importante tener en cuenta el artículo 226 del Reglamento Notarial, que establece las personas que tendrán derecho a copia del testamento: los herederos instituidos, los legatarios, albaceas, contadores partidores, administradores, los legitimarios y demás personas a quienes el testamento reconozca algún derecho o facultad, por lo que, si se añaden en el testamento las contraseñas para acceder a los sitios web que integran o en los que se aloja el patrimonio digital del causante, cualquiera de estas personas podría acceder a él y hacer una copia del contenido, cerrar la cuenta, cambiar la contraseña, etc., perjudicando al heredero o legatario al que se instituyó.

Para GONZÁLEZ GRANADO, la solución a este problema pasa por introducir una cláusula especial a instancia del testador que prohíba obtener copia de la disposición testamentaria en la que se revelen las claves de acceso a cualquier persona que no sea el encargado de gestionarlas²⁸.

Por su parte, LLOPIS propone como solución las memorias testamentarias que regulan las leyes 196 a 198 del Fuero Nuevo de Navarra o el codicilio de los artículos 194 y 195 del mismo texto legal. También se regula en los artículos 421-20 a 421-24 del Código Civil Catalán. Estas instituciones podrían complementar a un testamento principal, adaptándose a las necesidades propias del testamento digital. Sin embargo, en

²⁷ CÁMARA LAPUENTE, S. (24/01/2019). La sucesión mortis causa en el patrimonio digital [versión escrita]. En Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, Madrid, págs. 413 y 414.

²⁸ GONZÁLEZ GRANADO, J., *op. cit.*, pág. 42. También hay quienes plantean la posibilidad de un testamento con disposiciones relativas a las voluntades digitales o, incluso, un testamento con un contenido único relativo a voluntades digitales, sin contenido patrimonial en sentido clásico. Véase TORRES GARCÍA, T. y GARCÍA RUBIO, MP. *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, págs. 193-201.

derecho común no están permitidas²⁹. Otra opción del mismo autor es la autorización de otra escritura pública en la que se consignen los datos de acceso a los servicios legados, que podría ser otro testamento compatible, en el que se especifique que no se revoca el anterior (que sería el patrimonial no digital) y si solo se limita a recoger claves de acceso, podría instrumentarse como acta de manifestaciones, de protocolización o incluso de depósito notarial³⁰.

Otra posible solución es llevar a cabo la regulación de las voluntades digitales que se deja entrever en los artículos 3 y 96 de la LOPDGDD con el objetivo de adaptar la sucesión a la nueva era digital, complementando el testamento y en el que puede dejarse constancia de su existencia, estableciendo en ellas las contraseñas, nombres de usuario y las instrucciones del causante al respecto.

2.5. Bienes digitales, servicios digitales y bienes con elementos digitales

NAVAS NAVARRO define los contenidos digitales como “el conjunto de bienes, derechos y obligaciones, esto es, de relaciones jurídicas del causante derivadas de su comportamiento online en vida”³¹. A lo largo de este trabajo, a este sentido amplio de los contenidos digitales se le denominará activos digitales con el objeto de diferenciarlos del sentido más estricto que da la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro y servicios digitales.

Los activos digitales que una persona puede tener en el momento de su fallecimiento son muchos y de muy diverso tipo. A este respecto es interesante la clasificación que hace CÁMARA LAPUENTE que, en línea con la Directiva (UE) 2019/770, distingue entre “bienes” (en la Directiva: contenidos digitales), que a su vez divide en función de su origen y según la forma de acceso, “servicios digitales”, entre los

²⁹ LLOPIS, J.C. (11/03/2015), El notario, el testamento *online* y el heredero digital. José Carmelo Llopis Notario. Disponible es <http://www.notariallopis.es/blog/i/1235/73/el-notario-el-testamento-on-line-y-el-heredero-digital>. En efecto, este autor propugna como solución la realización de un documento complementario al testamento (a modo de memorias testamentarias digitales, como ocurre en las mencionadas legislaciones, que simplemente complementan un testamento, sin tener carácter de documento público en sí mismo y sin poder afectar elementos esenciales de la sucesión).

³⁰ LLOPIS, J.C. (10/07/2014). La transmisión hereditaria de archivos digitales. José Carmelo Llopis Notario. Disponible es <http://www.notariallopis.es/blog/i/117/73/la-transmision-hereditaria-de-archivos-digitales>. Para CÁMARA LAPUENTE, lo esencial sobre este asunto reside en la designación testamentaria de ejecutor o sucesor en estas pertenencias o incumbencias y la delimitación genérica de sus funciones. Véase CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, pág. 415.

³¹ NAVAS NAVARRO, S., “Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado ‘testamento digital’”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2020, pág. 61.

que distingue servicios de almacenamiento en línea y servicios de redes sociales –donde establece una subcategoría con los servicios de comunicación electrónica–, y “puros datos”³². Por último, la Directiva (UE) 2019/770, hace una referencia a los bienes con elementos digitales que conviene tener presente.

2.5.1. Bienes, productos o contenidos digitales³³

Son “los datos producidos y suministrados en formato digital”³⁴. Estos bienes deben distinguirse en función de su origen y en función de su forma de acceso.

Así, teniendo en cuenta el origen de los bienes, estaremos, por un lado, ante aquellos a los que el usuario accede, pero son ajenos, como los libros electrónicos, los programas, películas, videojuegos, etc. y, por otro lado, ante aquellos que el usuario genera, como entradas de blog, vídeos, fotografías, que pueden alojarse en distintas plataformas como *YouTube*, *Facebook*, *Instagram*, etc.

Por su parte, teniendo en cuenta la forma de acceso al contenido digital, nos encontraremos aquellos bienes digitales a los que el usuario accede mediante una plataforma de descarga, obteniendo una copia permanente en su dispositivo, y aquellos bienes a los que se accede mediante plataformas *streaming* como *Netflix* para series y películas o *Spotify* para música.

Según NAVAS NAVARRO, en el caso de los contenidos que el usuario puede descargar y almacenar temporal o permanentemente, se habrá celebrado un contrato de compraventa o de suministro del contenido digital con la licencia de uso correspondiente. Por su parte, en el caso de que no pueda descargar el contenido sino disfrutar de él exclusivamente en línea, se tratará de un contrato atípico que contendrá elementos del contrato de servicios, obra y arrendamiento de cosas³⁵.

2.5.2. Servicios digitales

La Directiva (UE) 2019/770 define en su artículo 2, apartado 2, el servicio digital como “a) un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o b) un servicio que permite compartir datos en formato digital

³² CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, págs. 399 a 415.

³³ En sentido estricto, a diferencia del sentido amplio dado por la definición de NAVAS NAVARRO al principio del epígrafe. En el presente trabajo, al sentido amplio de los contenidos digitales, se denominará “activos digitales”.

³⁴ Definición dada por el artículo 2.1. de la Directiva (UE) 2019/770 a contenido digital.

³⁵ NAVAS NAVARRO, S., *op. cit.*, pág. 64.

cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier forma con dichos datos". Teniendo en cuenta esta definición, CÁMARA LAPUENTE distingue entre servicios de almacenamiento en línea y servicios de redes sociales, donde añade como subcategoría los servicios de comunicación³⁶.

2.5.2.1. Servicios de almacenamiento en línea

En este tipo de contratos, cuya naturaleza jurídica es la de los contratos de servicio, los contratos de obra, depósito o arrendamiento de espacio virtual, destaca el deber de custodia propio del depósito³⁷. Son servicios de almacenamiento de bienes digitales que el titular deposita en el sitio web a través de una cuenta con usuario y contraseña. Ejemplos de este tipo de servicio son *Dropbox* y *Google Drive*.

El dinero electrónico, las criptomonedas, los bitcoins, etc. podrían encuadrarse dentro de los bienes digitales o de los servicios de almacenamiento en línea en función de cuál sea la forma de transaccionar con ellas: cuenta bancaria *online*, en cuyo caso el dinero se trataría de bienes digitales, claves de acceso a las criptomonedas, etc.³⁸

2.5.2.2. Servicios de redes sociales y servicios de comunicación electrónica

Las redes sociales, entre las que se encuentran *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, y *Snapchat* son una mezcla entre servicios de acceso y almacenamiento de los contenidos digitales y servicios de comunicación electrónica. Así, un usuario de estas redes sociales puede publicar sus fotos o vídeos en las mismas, acceder al contenido creado o publicado por otras personas y comunicarse con otros mediante mensajería instantánea. Son contratos atípicos con elementos de contrato de servicio, de obra, depósito e incluso de arrendamiento³⁹.

En cuanto a los correos electrónicos y servicios de mensajería instantánea, como *WhatsApp* o *Telegram*, permiten a sus usuarios comunicarse con otras personas, por lo que estas cuentas generalmente almacenarán mensajes de correo electrónico o mensajes instantáneos. Estas plataformas también permiten compartir como adjuntos bienes digitales con el receptor de los mensajes, por lo que almacenarán este contenido, que podrán ser vídeos, imágenes, fotografías, archivos digitales, etc., tanto en los mensajes enviados como en los mensajes recibidos.

³⁶ CÁMARA LAPUENTE, S. *op. cit.*, pág. 403.

³⁷ *Ibidem*, pág. 403.

³⁸ *Ibidem*, pág. 403.

³⁹ NAVAS NAVARRO, S., *op. cit.*, pág. 63.

2.5.3. Puros datos

Pueden ser personales o no personales. Se trata de la huella digital que una persona deja en su navegación por internet, a través de visitas a páginas web, compras *online*, la geolocalización, las *cookies* que aceptamos, etc. Son los rastros que genera nuestra presencia en internet.

2.5.4. Bienes con contenido digital

La Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, incorpora en su artículo 2.3 los bienes con elementos digitales, que define como “*todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones*”.

Se trata de bienes alojados en soportes duraderos como pueden ser el ordenador, el disco duro, el teléfono móvil, la *Tablet*, el libro electrónico, etc.

III. DISPOSICIÓN SOBRE LOS ACTIVOS DIGITALES

3.1. Naturaleza de los activos digitales

Los activos digitales de los que somos titulares pueden ser elementos meramente patrimoniales, que no tendrán ninguna dificultad para integrarse dentro de la masa activa de la herencia, como un dominio web, pero también elementos que, pudiendo tener valor económico, sean expresión de la personalidad e intimidad del difunto, como el correo electrónico, e incluso elementos que estén ligados exclusivamente a la persona, careciendo de todo valor patrimonial, como la firma digital⁴⁰.

Los activos digitales de carácter patrimonial se integrarán en la herencia, puesto que, como ya se ha defendido, tienen cabida en ésta en virtud de los artículos 659 y 3 del CC. Además, no cabe distinción entre “herencia analógica” y “herencia digital”, sino que tanto el patrimonio digital como el patrimonio tradicional entrarán a formar parte de la masa activa de la herencia. Así, podrá disponerse de estos activos en testamento o en pacto sucesorio en las comunidades con derecho civil propio que lo admita, ajustándose a las normas imperativas del derecho de sucesiones. Además, podría disponerse a título de herencia o legado y, a falta de disposiciones del causante, corresponderá a los llamados

⁴⁰ MARTOS CALABRÚS, M.A. “Aproximación a la sucesión en el patrimonio virtual”, en DOMÍNGUEZ LUELMO A. y GARCÍA RUBIO, M.P. (Dir.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pág. 936.

en la sucesión intestada⁴¹. No obstante, es preciso señalar las dificultades que conlleva este patrimonio acerca del conocimiento de su existencia y el acceso al mismo. También hay que tener en cuenta las peculiaridades de su valoración a la hora de calcular el caudal hereditario, ya que muchos de estos elementos pueden copiarse sin perder valor, de forma que podría darse una copia exacta a cada heredero.

Por su parte, los activos digitales que carezcan de todo valor patrimonial no formarán parte de la herencia. Lo mismo sucede con los derechos vitalicios, las relaciones personalísimas y los derechos de la personalidad. No obstante, el ordenamiento jurídico establece cauces para proteger la memoria de difunto en estos casos, como el ejercicio de acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida del artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982. También en el artículo 3 de la LOPDGDD, donde se permite a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como a sus herederos, dirigirse al responsable o encargado del tratamiento de los datos personales de este, para solicitar el acceso a los mismos y, en su caso, su rectificación o su supresión, a excepción de que el causante lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley.

Con la misma excepción y los mismos legitimados, el artículo 96.1.a) de la LOPDGDD, permite dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, con el objeto de acceder a los contenidos gestionados por éstos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión. Además, en el apartado 2 del mismo artículo se establece que *“las personas legitimadas en el apartado anterior podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones”*. Además, *“el responsable del servicio al que se le comunique la solicitud de eliminación del perfil deberá proceder sin dilación a la misma”*.

Parece que estos dos artículos de la LOPDGDD no solo ofrecen protección a la personalidad pretérita del difunto mediante acciones ejercidas por los legitimados, sino que también les dan la opción de acceder a los activos digitales, aunque no sean de carácter patrimonial, y a los datos personales, así como de mantener operativas las redes sociales o servicios de los que el fallecido era titular. Sin embargo, la puesta en práctica

⁴¹ OTERO CRESPO, M. “La sucesión en los ‘bienes digitales’. La respuesta plurilegislativa española”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 4, 2019, Estudios, pág. 15.

de este artículo genera una serie de conflictos. En primer lugar, la amplitud de las personas legitimadas, sin ningún tipo de prelación entre ellas, que podrán incluso eliminar los datos o contenidos, lo que podría perjudicar a los herederos. En segundo lugar, esta regulación prevé el mantenimiento de redes sociales y servicios similares, así como la posibilidad de dar instrucciones sobre la utilización de estos, sin tener en cuenta que se encuentran en el ámbito de una relación jurídica iniciada mediante un contrato firmado entre el prestador de servicios de internet y el causante donde puede haberse previsto, por ejemplo, la extinción por causa de muerte.

Esta última consideración también hay que tenerla en cuenta para el caso en el que sea el fallecido el que designe a una persona para cumplir las instrucciones sobre utilización destino o supresión de sus contenidos digitales o datos personales tal y como permiten los artículos 3.2 y 96.1.b) de la LOPDGDD. No obstante, ninguno de los dos artículos establece la forma que habrá de darse a tales instrucciones, estableciendo que los requisitos y condiciones para acreditar su validez, vigencia y registro se establecerán mediante Real Decreto.

En cuanto a la disposición de los bienes digitales extrapatrimoniales, OTERO CRESPO valora tres opciones: testamento, documento *ad hoc* extra testamentario y las opciones contractuales⁴².

Como ya se ha aludido en apartados anteriores, el causante podrá disponer del contenido digital extrapatrimonial en testamento, puesto que nuestro ordenamiento jurídico admite su validez con independencia de que el contenido sea meramente patrimonial, mixto o enteramente extrapatrimonial. Sin embargo, como también se ha apuntado, esta opción conlleva el peligro de dejar al descubierto las contraseñas y claves de acceso a los servicios digitales donde se encuentre el contenido del que el testador esté disponiendo, puesto que el artículo 226 del Reglamento Notarial establece un amplio abanico de personas con derecho a copia del testamento. Conociendo las contraseñas, cualquiera de los legitimados para tener copia del testamento podrá acceder a dichos servicios, pudiendo hacer copia del contenido, cambiar la contraseña, cerrar las cuentas, etc., perjudicando a la persona a la que el testador instituyó.

Según la autora citada, el documento *ad hoc* extra testamentario, se enmarcaría dentro de la regulación estatal introducida por la LOPDGDD, por la alusión a

⁴² OTERO CRESPO, M., *op. cit.* págs. 105 a 111.

instrumentos y mandatos que se realiza en sus artículos 3 y 96. Así, este documento no estaría supeditado a los formalismos del testamento, por lo que podría ser un archivo en soporte digital⁴³, e incluso podría darse una relativa facilidad para modificarlo con el objetivo de adaptarse a la cantidad de veces que el titular de las cuentas y servicios digitales cambia sus claves de acceso.

Por último, estarían las opciones propuestas por las empresas prestadoras de los servicios y que pueden estar previstas en el contrato firmadas con estos o como opción en su configuración. Por ejemplo, el administrador de cuentas inactivas de *Google* —que se analizará de forma más detallada en el siguiente apartado—, o el contacto legado de *Facebook*, que da la posibilidad de eliminar la cuenta de forma permanente una vez notificado el fallecimiento de su titular o de convertirla en cuenta conmemorativa, en cuyo caso el titular podrá elegir a la persona que se haga cargo de esta⁴⁴. También han surgido una serie de empresas que ofrecen gestionar las cuentas del titular conforme a sus instrucciones en el momento de su fallecimiento e incluso compañías de seguros como *Helvetia*, ofrecen un testamento *online*, así como el borrado de la identidad digital del fallecido dentro de su seguro de decesos⁴⁵. Sin embargo, estas disposiciones pueden ser contrarias a las realizadas en testamento, en cuyo caso, en opinión de OTERO CRESPO, “la elección que debería desplegar efectos sería la testamentaria, precisamente porque esos ‘testamentos digitales’ carecen de la fuerza propia de un testamento” y también podrían contravenir lo dispuesto en la legislación, como las normas imperativas de derecho de sucesiones⁴⁶. Esta fricción se analizará en el apartado siguiente.

3.2. Puntos de fricción de la disposición sobre los activos digitales

Una vez puesta de manifiesto la diferenciación a la hora de tratar los activos digitales, según su naturaleza patrimonial o extrapatrimonial y debido a que estos, sobre los que se dispondría en las voluntades digitales, podrán ser patrimoniales, extrapatrimoniales o una mezcla de ambos, conviene realizar una aproximación a la disposición sobre ellos. Esta aproximación no puede darse solo desde la perspectiva sucesoria, patrimonial, de la gestión y el destino de los derechos de contenido patrimonial

⁴³ *Ibidem*, págs. 105 a 111.

⁴⁴ ¿Qué es un contacto de legado y qué puede hacer con mi cuenta de Facebook? Servicio de ayuda. Disponible en: <https://www.facebook.com/help/legacycontact>.

⁴⁵ Seguro de Decesos. *Helvetia*. Disponible en: <https://www.helvetia.es/seguros/seguro-de-decesos>.

⁴⁶ OTERO CRESPO, M., *op. cit.* pág. 111.

que no se extinguen con la muerte, sino que también debe tenerse en cuenta la colisión que la sucesión en estos bienes genera con la perspectiva personal, de la protección post mortem de la personalidad del fallecido (de su identidad, de sus datos personales, de su derecho al honor y del secreto de las comunicaciones) y de los derechos de terceros que han entrado en contacto con él. Por último, también deben tenerse en cuenta las relaciones contractuales de las que provienen dichos contenidos. Así, en esta materia convergen e interactúan el derecho de sucesiones, el derecho contractual y el derecho de la persona.

3.2.1. Derecho de sucesiones y protección de los derechos de la personalidad

En este apartado, se pondrá de manifiesto, en primer lugar, si los derechos de la personalidad son transmisibles y en qué medida. Posteriormente, se calibrarán las fricciones que puede tener la sucesión con los derechos de la personalidad.

3.2.1.1. Transmisibilidad de los derechos de la personalidad

El artículo 29 CC establece que el nacimiento determina la personalidad jurídica, que otorga la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, así como una identidad, y se extingue con la muerte (art. 32 CC). Por ello, con la muerte se extinguen también los derechos de la personalidad (honor, intimidad, propia imagen), así como los derechos patrimoniales personalísimos o vitalicios⁴⁷.

No obstante, tal y como establece la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1982, “aunque la muerte del sujeto extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquel constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho”. Es decir, el ordenamiento jurídico otorga protección a la personalidad pretérita.

Además de la protección de la memoria del fallecido, debido al objeto del presente trabajo, conviene centrar la atención en la posible transmisión de estos derechos. Con este objetivo, GARCÍA RUBIO reflexiona acerca del carácter extrapatrimonial de los derechos de la personalidad, poniendo de manifiesto el valor económico de algunos de ellos como la imagen, la intimidad, el nombre o la voz, sobre todo si se trata de personas famosas⁴⁸.

⁴⁷ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, pág. 395.

⁴⁸ GARCÍA RUBIO, M.P. “Los derechos de la personalidad”, en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (dir.) y SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de derecho de la persona física*, Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 616.

La Ley Orgánica 1/1982, guarda silencio acerca de la transmisibilidad de los aspectos comerciales de los derechos de la personalidad tras la muerte de su titular, como valor comercial de la identidad personal, de carácter meramente patrimonial. Sin embargo, sí regula su uso no consentido en su artículo 7.6, considerando que se trata de una intromisión ilegítima “*la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*”⁴⁹. Para PALAZÓN GARRIDO, en este apartado del artículo, aunque no se contempla la facultad de aprovechamiento de la propia imagen, “se atisba la intención de garantizar al sujeto titular del derecho el control de la explotación de su imagen en el mercado”⁵⁰.

En línea con esto, HIGUERAS afirma que el derecho a la propia imagen tiene, junto al contenido negativo o de exclusión –que impide utilizar el nombre, la voz o la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, salvo consentimiento expreso del titular del derecho (art. 2 de la Ley Orgánica 1/1982)–, un contenido positivo: la facultad exclusiva del titular de reproducir, exponer, publicar la imagen y comerciar con ella, del mismo modo que con cualquier otro bien patrimonial, por lo que puede permitirse una conducta activa⁵¹.

La posibilidad de explotación del derecho a la propia imagen por su titular, así como por otras personas si ésta es consentida, se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo⁵², que declaró lo siguiente:

“como ya se apuntó en la STC 231/1988, FJ 3 y, sobre todo, en la STC 99/1994, el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial in consentida –e incluso en determinadas circunstancias la consentida– de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen.

⁴⁹ MINERO ALEJANDRE, G. *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 135 y 136.

⁵⁰ PALAZÓN GARRIDO, M.L., “La protección *post mortem* del contenido patrimonial del derecho a la propia imagen (consideraciones al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 1 de diciembre de 1999: Caso ‘*Marlene Dietrich*’), *Actualidad civil*, 2003, núm. 2, págs. 500 a 501.

⁵¹ HIGUERAS, I. *Valor comercial de la imagen. Aportaciones del right of publicity estadounidense al derecho a la propia imagen*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), Berriozar, 2001, págs. 235 a 242.

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo de 2001. (RTC 2001\81).

(...) *Es cierto que en nuestro Ordenamiento –especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen– se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen”.*

El Tribunal Constitucional establece así una clara diferenciación entre el derecho constitucional a la propia imagen y el derecho de explotación económica, comercial o publicitaria de la misma, del que declara su existencia.

En cuanto a la posibilidad de transmitir *mortis causa* los aspectos patrimoniales que conforman los derechos de la personalidad, en opinión de MINERO ALEJANDRE, la amplitud que el legislador concede a la autonomía de la voluntad de la persona para decidir acerca de quién defenderá su memoria pretérita, debe entenderse también para la posibilidad de que la misma designe en vida al sujeto legitimado para accionar o para percibir, tras un proceso de negociación, los beneficios económicos que potencialmente pudieran derivarse de la comercialización del derecho de imagen tras la muerte de su titular⁵³. En la misma línea, GARCÍA RUBIO defiende que el causante puede “designar voluntariamente a los destinatarios de los beneficios económicos que puedan generar los atributos de su personalidad después de su fallecimiento, designación que en el régimen del Código Civil español habría de hacerse necesariamente en testamento y constituiría un legado atípico”. Así, esta autora refiere que los designados por el causante o, a falta de estos, sus herederos, “estarían legitimados para exigir la tutela del derecho en cuestión (vertiente positiva o negativa), así como para negociar con él (vertiente positiva), respetando la voluntad del causante”⁵⁴.

De acuerdo con esto, a pesar de que el causante no podría transmitir su identidad digital dado que esta, de la misma forma que la personalidad, se extingue con la muerte, en lo referente a la protección al derecho a la propia imagen no habría problema para la transmisión de los beneficios económicos que genere su explotación a través de las distintas identidades virtuales creadas por la persona fallecida, como sus perfiles en redes sociales o en otras plataformas virtuales, como el canal de *YouTube* de una persona.

⁵³ MINERO ALEJANDRE, G., *op. cit.* pág. 148.

⁵⁴ GARCÍA RUBIO, M.P., *op. cit.*, pág. 623.

3.2.1.2. Interacción del derecho de sucesiones con los derechos de la personalidad

Los perfiles en redes sociales, los servicios de mensajería instantánea y los correos electrónicos pueden contener elementos patrimoniales que formen parte de la herencia, como fotos subidas o enviadas susceptibles de valoración económica o borradores de un libro inédito del fallecido, por ejemplo. Pero las cuentas de correo electrónico y su contenido también pueden ser útiles para averiguar si el finado tenía contenidos digitales o cuentas abiertas en servicios de almacenamiento en línea o servicios digitales donde pueden alojarse grandes cantidades de dinero en cuentas de juego *online* o simplemente archivos con gran valor emotivo. Sin embargo, el acceso a estas cuentas e incluso su transmisión, de ser posible en función de las condiciones generales del prestador del servicio, pueden entroncar con los derechos a la intimidad y el secreto de las comunicaciones no solo del titular fallecido sino de terceros con los que haya interactuado. A su vez, la sucesión de los activos digitales puede topar con el derecho a la protección de datos, puesto que el causante puede querer que no se conozcan algunas de sus titularidades digitales o los datos que en ellas se guarden.

Esos son los motivos que han utilizado en varias ocasiones los prestadores de servicios para argumentar la imposibilidad de dar acceso a los activos digitales a los familiares o herederos de los titulares fallecidos. Así, han surgido varios casos que se han ido solventando a través de los tribunales.

En Estados Unidos se da, entre otros, el caso ELLSWORTH, marino muerto en Irak en noviembre de 2004, cuyo padre inició un juicio contra *Yahoo!* para acceder a sus mensajes de correo electrónico. La compañía se negaba argumentando el derecho a la *privacy*, pero el *Oakland County Probate Court* de Michigan en 2006 admitió las pretensiones del padre, obligando a la compañía a entregar los contenidos de la cuenta de correo electrónico del fallecido⁵⁵.

En Europa la sentencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal alemán) de 12 de julio de 2018 da preferencia a la perspectiva sucesoria. Se trata del caso de una menor de 15 años que falleció arrollada por el metro de Berlín. Ante la sospecha de que pudiese tratarse de un suicidio, la madre, en calidad de coheredera junto con el padre, solicitó a Facebook el acceso a la cuenta de su hija, a la que no había podido acceder con la contraseña porque la red social la había convertido en una página conmemorativa. La red

⁵⁵ OTERO CRESPO, M., *op. cit.*, nota pie de página 50, pág. 101

social negó el acceso argumentando que la relación contractual se extingue al fallecer su titular, así como la necesidad de preservación de las comunicaciones y la intimidad de terceros. El *Landesgericht* de Berlín, tribunal de primera instancia, condenó a *Facebook* en Sentencia de 17 de diciembre de 2015 a proporcionar el acceso, considerando que los contenidos alojados en plataformas digitales forman parte de la herencia de su titular y, por ende, pueden transmitirse a los herederos. En apelación, el *Kammergericht* de Berlín, en su sentencia de 31 de mayo de 2017 falló en favor de *Facebook* teniendo en cuenta la normativa del secreto de las comunicaciones. Sin embargo, el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal alemán), en su sentencia de 12 de julio de 2018 refrendó la sentencia de primera instancia y estableció la posibilidad de heredar el contrato sobre una cuenta en una red social⁵⁶.

Así, el Tribunal Federal alemán establece la prevalencia de las reglas sucesorias, argumentando que los sucesores *mortis causa* deben ocupar la misma posición que el causante y niega que haya una colisión con el secreto de las comunicaciones o la protección de datos. Además, considera que las condiciones generales que excluían de la herencia la relación contractual eran abusivas puesto que causan un perjuicio desproporcionado a los usuarios al neutralizar el principio de universalidad de la sucesión y no habían sido aceptadas por el adherente puesto que la transformación de la cuenta en memorial inalterable se explica en las páginas de ayuda de la red social, no en las condiciones generales de la contratación⁵⁷.

En España el artículo 3 LOPDPGDD establece que las “*las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión*”. Ello salvo prohibición expresa del causante o de una ley. Sin embargo, añade el artículo que “*dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante*”. No obstante, puede suceder que, dada esta prohibición, el heredero no tenga constancia de la existencia de dichos datos de carácter patrimonial.

De forma similar —pero en este caso refiriéndose a los contenidos digitales en lugar de a los datos personales—, el artículo 96 de la misma ley establece “*las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán*

⁵⁶ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, págs. 379 a 381.

⁵⁷ *Ibidem*, págs. 370 a 381.

dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión". Este artículo establece la misma excepción que el artículo 3, es decir, que la persona fallecida lo haya prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Además, añade que *"dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto"*.

Autores como OTERO CRESPO sostienen que no podemos olvidar que el derecho a la intimidad, a la protección de datos personales y al secreto de las comunicaciones son derechos fundamentales, reconocidos en el artículo 18 de la Constitución Española y que *"han de ser ponderados en cualquier solución (legislativa o jurisprudencial), que plantee si es proporcional o no facilitar el acceso y la transmisibilidad de los recursos digitales"*⁵⁸. Esta autora pone de manifiesto que ya existen prestadores de servicios que facilitan el acceso a terceros a los datos del fallecido, pero limitando la cantidad y la calidad de estos. Así, *Google*, por ejemplo, da la posibilidad a sus usuarios de compartir parte de los datos de su cuenta o enviar una notificación para advertir a alguien de que su cuenta ha estado inactiva durante un período determinado en caso de que la cuenta permanezca inactiva. En el primer caso, los contactos de confianza que el usuario elija recibirán una lista de los datos que el titular de la cuenta ha decidido compartir y un enlace desde el que podrá descargarlos. En el segundo caso, los contactos recibirán una notificación en la que se le explica que el usuario ha indicado a *Google* que enviase ese correo electrónico por él en el que está el mensaje que el titular de la cuenta había redactado con este fin⁵⁹.

Sin embargo, este tipo de opciones podría generar fricciones con el secreto de las comunicaciones de las personas con las que el usuario de la cuenta ha interactuado. Hay que tener en cuenta el carácter bidireccional de gran parte de las comunicaciones que están presentes en el activo digital de una persona. Para MINERO ALEJANDRE *"dicho carácter exigiría que el tratamiento posterior a la muerte no se hiciera depender única y exclusivamente de la decisión tomada en vida por el difunto, sino que requeriría también tomar en consideración la voluntad de los sujetos a los que se dirigieron las comunicaciones realizadas en vida por esa persona"*⁶⁰.

⁵⁸ OTERO CRESPO, M. *op. cit.*, págs. 101 a 103.

⁵⁹ Acerca del Administrador de cuentas inactivas. Ayuda de Cuenta de Google. Disponible en: <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=es>.

⁶⁰ MINERO ALEJANDRE, G. *op. cit.* págs. 149 y 151.

Para establecer la transmisibilidad o no de los correos electrónicos, MARTOS CALABRÚS reflexiona acerca de su naturaleza jurídica. En primer lugar, los distingue de las cuentas de correo electrónico, que son “un espacio en disco en un servidor remoto dedicado al intercambio de mensajes electrónicos, que pertenece a un proveedor de servicios, con el que el usuario habrá concertado un contrato”. Para esta autora, los mensajes de correo electrónico son cosas en sentido jurídico, “porque son objetos de los que uno se puede apropiarse desde el momento en que cuente con las claves de acceso”. Así, entiende que la transmisión de la propiedad material de los mismos tendrá lugar mediante el traspaso de estas claves de acceso en testamento. Por tanto, los correos electrónicos emitidos, los recibidos e incluso los borradores que permanezcan en la cuenta de correo electrónico, además de sus adjuntos, serán objeto de sucesión. Asimismo, considera que la compañía violaría la intimidad del difunto en caso de divulgar o hacer uso de los mensajes almacenados, lo que no es lo mismo que entregar o facilitar el acceso al que ha sucedido al usuario difunto⁶¹.

De opinión contraria es CÁMARA LAPUENTE⁶². Ambos autores acuden al artículo 197.1 del Código Penal, que establece lo siguiente: “*El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses*”. Teniendo en cuenta lo dispuesto en este artículo, ambos autores concluyen que, desde un punto de vista penal, los correos electrónicos son objeto de apropiación, como un documento más, y no objeto de interceptación.

Sin embargo, mientras que MARTOS CALABRÚS únicamente extrae que los correos son independientes y pertenecen a su titular⁶³ —entendiendo, como se ha apuntado, que serán objeto de sucesión—, CÁMARA LAPUENTE va un paso más allá y establece que la conducta penal solo se desactiva si el autor del correo ha dado su consentimiento⁶⁴. Por tanto, para este autor nos situaríamos ante uno de los casos en los

⁶¹ MARTOS CALABRÚS, M.A. “Aproximación a la sucesión en el patrimonio virtual”, en DOMÍNGUEZ LUELMO A. y GARCÍA RUBIO, M.P. (Dir.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*. Liber Amicorum Teodora F. Torres García, Wolters Kluwer España, S.A., Madrid, 2014, pág. 937 a 944.

⁶² CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.* págs. 404 a 406.

⁶³ MARTOS CALABRÚS, M.A., *op. cit.*, pág. 939.

⁶⁴ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, págs. 405 y 406.

que el acceso a los datos o a los contenidos no será posible en virtud de los artículos 3 y 96 LOPGDD por establecerlo así una ley y únicamente podrán solicitar la cancelación de la cuenta o la supresión de los contenidos. Así, establece que lo contrario supondría un grave atentado a la intimidad e implicaría suplantación de identidad en caso de enviar correos desde esa cuenta. En cuanto a los archivos de carácter patrimonial y datos necesarios para ejercitar derechos frente a terceros que se contengan en dichas cuentas, CÁMARA LAPUENTE establece que el acceso deberá ser necesariamente mediante autorización judicial.

También niega la transmisibilidad de los contenidos alojados en una cuenta SANTOS MORÓN, ya que, en su opinión, el usuario ostenta sobre los mismos, derechos de carácter puramente personal que se extinguen con la muerte y no un derecho de propiedad. También porque este acceso puede vulnerar su derecho a la intimidad, cuya protección *post mortem* no es discutida⁶⁵.

Dicha autora también pone de manifiesto la obligación de secreto de las comunicaciones, exigible a los proveedores de servicio de correo electrónico y de redes sociales. Ello incluso ante la reclamación de los herederos del titular de la cuenta destinada a conocer los contenidos almacenados en estos servicios y aunque el derecho al secreto de las comunicaciones se extinga –como el resto de los derechos de la personalidad– con la muerte de la persona, dada la bilateralidad de la comunicación⁶⁶. En España, no existe una ley que desarrolle el derecho fundamental al derecho de las comunicaciones previsto en el artículo 18 CE. Tampoco hay jurisprudencia que permita el acceso a las redes sociales, a las cuentas de correo electrónico o a plataformas digitales de personas fallecidas. El Tribunal Supremo sí se ha pronunciado en el caso del acceso por parte de los padres de una menor no fallecida a sus mensajes de *Facebook* y de *WhatsApp*, sin el consentimiento de ninguno de los comunicantes.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo 864/2015, de 10 de diciembre de 2015⁶⁷, establece que no se trata de una incidencia en el derecho al secreto de las comunicaciones sino una cuestión de intimidad. Ello porque:

⁶⁵ SANTOS MORÓN, M.J., “La denominada ‘herencia digital’: ¿necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 1º, págs. 420 y 421.

⁶⁶ *Ibidem*, pág. 422.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 864/2015, de 10 de diciembre de 2015. (RJ 2015\6401).

“el derecho al secreto de las comunicaciones rige mientras se desarrolla el proceso de comunicación (vid. 342/2013, de 17 de abril, 786/2016 786/2015, de 4 de diciembre, o 859/2014, de 26 de noviembre). Una vez cesado este, llegado el mensaje al receptor, salimos del ámbito del art. 18.3 CE, sin perjuicio, en su caso, del derecho a la intimidad proclamado en el número 1 del mismo precepto, aunque en este segundo supuesto sin supeditación constitucional imperativa a la autorización judicial. No siempre que hay afectación de un derecho fundamental es ineludible una habilitación jurisdiccional. Lo que es insoslayable para una intromisión in consentida del secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad domiciliaria (autorización judicial) puede no serlo cuando hablamos solo de intimidad o de privacidad y no de esas manifestaciones específicas”.

Una vez posicionado en el espacio del derecho a la privacidad e intimidad, argumenta el tribunal que:

“esos derechos pueden ceder en presencia de otros intereses constitucionalmente protegibles, a la vista del carácter no ilimitado o absoluto de los derechos fundamentales, de forma que el derecho a la intimidad personal, como cualquier otro derecho, puede verse sometido a restricciones (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4; 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3). Así, aunque el art. 18.1 CE no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad –a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, como respecto de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 3 CE–, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información (STS 786/2015)”.

De esta Sentencia se extraen dos conclusiones. La primera es que, si el prestador de servicios facilita a los herederos del fallecido el acceso a sus cuentas de correo electrónico, redes sociales, plataformas virtuales, etc., no se estaría violando el derecho al secreto de las comunicaciones sino en todo caso el derecho a la privacidad e intimidad, puesto que las comunicaciones no se están produciendo. Por otro lado, el Tribunal Supremo alude a la posibilidad de que en estos casos los derechos a la privacidad e intimidad cedan ante la existencia de un interés constitucionalmente prevalente. En este caso habría que ponderar si hay un interés constitucionalmente prevalente en juego.

A este respecto, también debe tenerse en cuenta el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), en adelante RGPD. El artículo 6.1 letra f. del RGPD establece lo siguiente:

“1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

(...)

f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño”.

Siguiendo el Reglamento General de Protección de Datos, el interés legítimo en estos casos sería el de los herederos que, según NAVAS NAVARRO, prevalecería respecto de los demás usuarios puesto que, “si no tomaran conocimiento del contenido digital del causante, podrían verse privados de medios de prueba para el ejercicio de acciones o de medios de defensa frente a pretensiones de terceros”. Asimismo, esta autora defiende que el derecho a la protección de datos no puede impedir el normal funcionamiento de la sucesión universal *mortis causa*, ya que ello afectaría a la seguridad del tráfico jurídico-económico⁶⁸.

A su vez, los artículos 3 y 96 de la LOPDGDD, permiten el acceso a los herederos en el caso de que se trate de datos y contenidos de carácter patrimonial, aunque una ley o el causante lo prohíba. Como ya se ha señalado, esta prohibición por parte del causante o por una ley, podrá impedir que el heredero tenga constancia de otros datos de carácter patrimonial que se puedan desvelar a través de los correos, pero no se encuentren allí alojados. La solución a esto sería solicitar una autorización judicial en caso de esta existencia.

⁶⁸ NAVAS NAVARRO, S., *op.cit.* pág. 87.

De este apartado conviene extraer varias conclusiones. En primer lugar, si bien puede plantearse que el acceso a la cuenta por parte del heredero podría no tratarse de un interés constitucionalmente superior al del derecho a la intimidad de terceras personas que han interactuado con el causante, habría que tener en cuenta, como ya se ha puesto de manifiesto, la expectativa razonable de estas de que, al fallecer su interlocutor, sus herederos podrían acceder a sus cuentas. En segundo lugar, el interesado al que se refiere el artículo 6.1.f RGPD, cuyos intereses o derechos y libertades fundamentales hay que ponderar frente a los intereses legítimos de los herederos en este caso, parece ser el titular de la cuenta y no terceros con los que haya interactuado. Por último, podría tomarse como referencia la Sentencia del Tribunal Federal alemán que establece que los sucesores *mortis causa* ocupan la misma posición del causante, pasando a ser titulares de la cuenta y pudiendo por tanto acceder a ella.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el derecho a la intimidad es un derecho garantizado por el artículo 18 de nuestra Constitución convendría realizar un esfuerzo legislativo que, como sugiere OTERO CRESPO, pondere la proporcionalidad entre facilitar o no el acceso y transmisibilidad de los recursos digitales y el derecho a la intimidad⁶⁹, coordinándolo con la legislación en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en materia de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Ello podría resolver las fricciones que se han puesto de manifiesto en este apartado, así como futuras controversias judiciales.

3.3. Derecho de sucesiones y contratos de adhesión

NAVAS NAVARRO considera que el hecho de que el acceso al uso de los sitios web o plataformas tecnológicas, donde se alojan los activos digitales sea restringido (debido a que son necesarios usuario y contraseña), no cambia la naturaleza de la relación jurídica que se da por aplicación del principio de equivalencia funcional. Así, “se trata de relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial transmisibles a los herederos, salvo que por voluntad de las partes se haya establecido lo contrario”⁷⁰.

En la sucesión de los bienes y servicios digitales no podemos obviar la existencia de contratos de adhesión entre el titular de estos y la empresa prestadora de los servicios. En el caso de que los contratos no establezcan lo contrario, el heredero ocupará la posición del difunto y el proveedor deberá proporcionar el acceso a los bienes y servicios digitales

⁶⁹ Vid. *Supra.*, pág. 30.

⁷⁰ NAVAS NAVARRO, S., *op. cit.*, pág. 67.

a los herederos en las mismas condiciones que a este⁷¹. Sin embargo, la mayor parte de los contratos de adhesión recogen la imposibilidad de transmisión de la cuenta a un tercero, así como su extinción *mortis causa*.

En relación con aquellos bienes, productos o contenidos digitales a los que el causante ha accedido mediante una plataforma de descarga, en principio no habrá problema en establecer su sucesión, ya que estarán contenidos en su dispositivo. El causante ostentará la propiedad sobre los mismos, que se transmitirá a sus herederos en el momento de su fallecimiento. Si tuviésemos un enlace de descarga y no el bien en nuestro dispositivo, todo parece indicar que el causante adquirió la propiedad sobre ese bien desde el momento en el que obtuvo el enlace, hay un título y un modo, por lo que será objeto de transmisión.

Por otro lado, hay que tener en cuenta los bienes, productos o contenidos digitales a los que el causante accede, pero no ha adquirido su propiedad sino un derecho de uso a través de una licencia de uso temporal. Esta licencia de uso podrá ser transmisible *mortis causa*. No obstante, habrá que tener en cuenta las condiciones contractuales, ya que puede establecerse su intransmisibilidad o extinción con la muerte de la persona que la obtuvo⁷². Es el caso de la plataforma de *streaming Netflix* que, aunque no contiene ninguna previsión sobre la muerte del suscriptor, sus términos de uso establecen lo siguiente: “durante tu suscripción a *Netflix*, te concederemos un derecho limitado, no exclusivo e intransferible, para acceder al servicio *Netflix* y ver contenidos de *Netflix*. A excepción de lo mencionado, no se te transferirá ningún derecho, título o beneficio”⁷³.

En cuanto a los contenidos digitales generados por el usuario y puestos a disposición del resto de usuarios a través de una plataforma, CÁMARA PUENTE analiza el otorgamiento, en gran parte de las plataformas y mediante esta puesta a disposición, de “una licencia mundial, no exclusiva, irrevocable y perpetua para utilizar esos contenidos aunque cancele su cuenta (así ocurre en *Apple*, *Google*, *Spotify*, *Twitter* o *WhatsApp*; precisa *YouTube* que la licencia se cancela al borrar los vídeos: por tanto, si la posición del usuario pasa a sus herederos, éstos podrían ordenar la supresión, pero si el usuario no

⁷¹ GINEBRA MOLINS, M.E. “Morir en la era digital ‘Voluntades digitales’, intimidad y protección de datos personales”, en MADRID PARRA, A. (Dir.) y BLANCO SÁNCHEZ, M.J. (Coord.), *Derecho mercantil y tecnología*, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2018, págs. 120.

⁷² CÁMARA PUENTE, S., *op. cit.* pág. 401; SANTOS MORÓN, *op. cit.* pág. 423.

⁷³ Términos de uso de *Netflix*. *Netflix* Centro de Ayuda. Disponible en: <https://help.netflix.com/legal/termsfuse>.

podía revocar en vida la licencia, tampoco lo podrán hacer sus causahabientes)”⁷⁴. Además, serán objeto de propiedad intelectual de acuerdo con el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Este artículo dispone que son objeto de propiedad intelectual las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible objeto de propiedad intelectual.

La imposibilidad de revocación en estos casos entra en conflicto con el artículo 16 de la Directiva (UE) 2019/770, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, que establece en su apartado 3 que en caso de resolución del contrato “*el empresario se abstendrá de utilizar cualquier contenido distinto de los datos personales, que el consumidor hubiere facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrador por el empresario*”, con una serie de excepciones. Además, el apartado 4 establece que “*el empresario pondrá a disposición del consumidor, previa petición de este último, contenidos, que no sean datos personales, que el consumidor haya facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario*”.

Aunque la Directiva no se refiere a la extinción del contrato por defunción, en España el artículo 96 LOPDGDD, establece que “*las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos [gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información] e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión*”. La única limitación a este artículo es la prohibición expresa de la persona fallecida o de una ley, por lo que en España los legitimados por este precepto en principio podrán exigir el acceso a los contenidos y decidir sobre su utilización o supresión.

También pueden encontrarse contenidos digitales en servicios de almacenamiento en línea, como *Dropbox* o *Google Drive*. Según CÁMARA PUENTE, estos contratos tienen naturaleza de contratos de servicio, contratos de obra, depósito o arrendamiento de espacio virtual, primando “el deber de custodia propio del depósito, por lo que cualquiera

⁷⁴ CÁMARA PUENTE, S., *op. cit.* pág. 402.

a quien el causante entregue las claves de acceso podrá recuperar lo que está custodiado en la nube”⁷⁵.

En cuanto a los correos electrónicos, además de lo relatado en el apartado anterior, conviene destacar que la prestación del servicio surge de un contrato de carácter personalísimo suscrito entre el proveedor de servicios *online* y el titular de la cuenta, lo que conlleva su intransmisibilidad por cualquier vía, incluida la sucesoria⁷⁶. Así, sería necesaria una orden o autorización judicial en caso de que en los correos intercambiados por el causante hubiese archivos con valor patrimonial. No obstante, en caso de tener las contraseñas o claves de acceso, siempre y cuando el prestador de servicios no cancele la cuenta, los herederos podrían acceder al correo electrónico. En este caso LLOPIS sugiere que esta opción estaría vetada a los herederos y sería bajo su responsabilidad. Además, nunca podrán utilizar el correo electrónico del fallecido para enviar correos o haciéndose pasar por este. Conviene este autor en que “la previsión testamentaria sobre este punto, aunque limitada en sus efectos, puede llegar a ser fundamental, siempre condicionada por las normas de protección de derechos de otras personas”⁷⁷.

También en el apartado anterior se ha puesto de manifiesto cómo el Tribunal Federal alemán declaró abusivas las condiciones generales que excluían de la herencia la relación contractual entre Facebook y la causante, al causar un perjuicio desproporcionado a los usuarios dado el principio de universalidad de la sucesión. Añadía el Tribunal que la transformación de la cuenta de la fallecida en un memorial inalterable no había sido aceptada por la misma, ya que se encontraba en las páginas de ayuda de la red social y no en las condiciones generales de contratación.

NAVAS NAVARRO analiza la validez de las cláusulas recogidas en los contratos con prestadores de servicios⁷⁸. Las cláusulas más comunes en estos contratos son las que prohíben con alcance general la transmisión de la relación jurídica, aquellas que lo prohíben salvo consentimiento expreso del titular del sitio web o de la plataforma tecnológica y aquellas que se refieren al cierre de la cuenta y el acceso a la misma tras el conocimiento de la muerte del titular o la inactividad.

⁷⁵ CÁMARA PUENTE, S., *op. cit.* pág. 403.

⁷⁶ GARCÍA HERRERA, V., *op. cit.* pág. 68; GINEBRA MOLINS, M.E., *op. cit.*, pág. 126.

⁷⁷ LLOPIS, J.C. (17/07/2014). La transmisibilidad por causa de muerte en el mundo digital. José Carmelo Llopis Notario. Disponible en: <http://www.notariallopis.es/blog/i/118/73/la-transmisibilidad-por-causa-de-muerte-en-el-mundo-digital>.

⁷⁸ NAVAS NAVARRO, S., *op. cit.* págs. 68 a 73.

Las cláusulas que prohíben la transmisión de la relación jurídica con alcance general son válidas conforme al artículo 1112 CC. Este artículo establece que “*todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario*”, por lo que permite pactar la intransmisibilidad. No obstante, para que no sea abusivas, deberán estar redactadas de forma clara, sencilla e inteligible. Además, NAVAS NAVARRO considera que esta cláusula no concede al prestador de servicios la facultad de poner fin a la relación jurídica de forma unilateral⁷⁹.

En cuanto a las cláusulas que prohíben la transmisión, salvo consentimiento expreso del titular del sitio web o de la plataforma tecnológica, deberán referirse únicamente a transmisiones *inter vivos*. En estos casos, se tratará de una cesión de la posición contractual donde se requiere el consentimiento del acreedor, avalada por el artículo 1205 CC: “*la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor*”.

En caso de referirse también a la transmisión *mortis causa*, sí sería una cláusula abusiva, puesto que concede a la plataforma virtual que elabora las condiciones generales la facultad de decidir si las relaciones jurídicas del causante son transmisibles a sus herederos o no. Además, si el causante es un consumidor, hay que tener en cuenta el artículo 85 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). Este artículo establece que serán abusivas “*las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario*”. Por ello, la relación jurídica fruto del contrato de uso suscrito entre el prestador del servicio y el causante será transmisible a los herederos.

También son frecuentes las cláusulas que se refieren al cierre de la cuenta o al acceso a esta tras el conocimiento de la muerte del titular o la inactividad. Estas cláusulas generalmente se encuentran en la sección ayuda (así en *Google*, *Dropbox* o *Facebook*, por ejemplo) no en las condiciones de uso o en la política de privacidad. El artículo 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, establece que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que “*el adherente no*

⁷⁹ *Ibidem*, págs. 68 a 73.

haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5". Por su parte, el artículo 5 de la misma ley dispone que *"las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas"*. En estos casos se trata de condiciones generales no vinculantes para el titular de la cuenta, ya que no se encuentran incorporadas al condicionado según los artículos descritos, sino en la página de ayuda sin ninguna remisión a esta desde las condiciones generales. Tampoco serán vinculantes para el heredero que suceda al causante en esta relación jurídica.

Recapitulando, las únicas cláusulas válidas serían la que impiden la transmisibilidad de la relación jurídica de forma general en las condiciones de uso del sitio web y aquellas que impiden la transmisión *inter vivos*, salvo consentimiento del prestador de servicios. Por el contrario, las cláusulas que impiden la transmisión *mortis causa* o el acceso a los contenidos salvo consentimiento del prestador del servicio o una orden judicial, será nula por abusiva. Mientras que, si esta cláusula se encuentra en la sección de ayuda y no en las condiciones generales del servicio, se tendrá por no puesta.

Teniendo esto en cuenta, en caso de que el causante quiera impedir que sus herederos tengan constancia de sus activos digitales presentes en estos servicios de internet, deberá eliminarlos o solicitar su supresión al prestador de servicios en vida, pactar con este su intransmisibilidad con alcance general o bien prohibirlo o establecer instrucciones conforme a los artículos 3 y 96 LOPDGDD.

IV. LA REGULACIÓN DE LAS VOLUNTADES DIGITALES

El considerando 27 del Reglamento General de Protección de Datos establece que este no se aplicará a la protección de los datos de las personas fallecidas. Así, los Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos de las personas fallecidas.

En España, el artículo 2 LOPDGDD determina que no será de aplicación a los tratamientos de las personas fallecidas, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3. Esta exclusión tiene su justificación en el artículo 32 del Código Civil, que dispone que *"la personalidad civil se extingue con la muerte de las personas"*, extinguiéndose con esta los derechos personalísimos de los que la persona sea titular. Uno de ellos es el

derecho a la protección de datos personales, que otorga a la persona un poder de disposición y control sobre sus datos personales⁸⁰.

Así lo establece el Tribunal Constitucional en la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre⁸¹:

“el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”.

No obstante, la misma LOPDGDD permite a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como a sus herederos y a aquellas personas o instituciones designadas con este objeto, solicitar el acceso a sus datos personales (artículo 3) o a contenidos digitales gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información (artículo 96), –que pueden no merecer la calificación de datos personales–, su rectificación o su supresión.

El artículo 96 LOPDGDD, que en el anteproyecto era la disposición adicional séptima, se justificaba en la memoria normativa por la importancia que tiene el almacenamiento de la información por los prestadores de servicios de la información, cuyos derechos de uso y conservación pueden ser parte del caudal relicto en caso de fallecimiento⁸².

Los artículos 3 y 96 LOPDGDD permiten también, por primera vez en el ámbito estatal⁸³, que las personas elaboren en vida instrucciones o mandatos con el objetivo de que los herederos, albacea (únicamente en el caso de los contenidos) o las personas o instituciones designadas expresamente, soliciten a los prestadores de servicios de la sociedad de la información o al responsable o encargado del tratamiento de los datos, el acceso a contenidos digitales y datos personales y, en su caso, su rectificación, supresión

⁸⁰ CAVERO MOCHALES, N. “Artículo 3. Datos de las personas fallecidas”, en ARENAS RAMIRO, M. y ORTEGA GIMÉNEZ, A. (Dir.), *Protección de datos: comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepín, Madrid, 2019, pág. 57.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre de 2000. (RTC 2000\292).

⁸² MINISTERIO DE JUSTICIA. *Memoria de Análisis de Impacto normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de 10 de noviembre de 2017.*

⁸³ En Cataluña se reguló por Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña.

o modificación conforme a dichas instrucciones. En los apartados siguientes se va a analizar el contenido de ambos artículos.

4.1. El artículo 3 de la LOPDGDD “Datos de las personas fallecidas”

Los sujetos a los que faculta este artículo para acceder, rectificar o suprimir los datos personales del fallecido son las personas vinculadas a este por razones familiares o de hecho, los herederos o aquellas personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello.

En el último caso, las personas o instituciones designadas por el fallecido deberán seguir las instrucciones recibidas. Además, el artículo se refiere a la elaboración de un Real Decreto en el que se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones, así como el registro de los mismos.

Si el fallecido es un menor, también están legitimados sus representantes legales y el Ministerio Fiscal. En caso de personas con discapacidad, además de estos últimos, estarán también legitimados aquellos que hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo en el caso de que las facultades que confiere el artículo estuviesen comprendidas en las medidas de apoyo prestadas.

El artículo establece una excepción para el acceso, rectificación o supresión de los datos por parte de los herederos o personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho. Esta excepción consiste en la prohibición expresa por parte del fallecido o que lo impida una ley. No obstante, esta prohibición no afectará al derecho de los herederos de acceder a los datos de carácter patrimonial del causante.

En todos los casos el acceso, rectificación o supresión de los datos personales deberá solicitarse al responsable o encargado del tratamiento.

4.2. El artículo 96 de la LOPDGDD “Derecho al testamento digital”

El artículo 96 permite el acceso a los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la información sobre personas fallecidas, pero también su utilización, destino o supresión. Los sujetos legitimados son los mismos que en el artículo 3, a lo que el artículo 96 añade expresamente al albacea testamentario. También se establece la excepción para las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos, que les impide acceder a los contenidos y solicitar su modificación o eliminación, en caso de que el fallecido lo haya prohibido expresamente o así lo

establezca una ley. Ello sin afectar al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto.

En todos los casos las personas legitimadas deberán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Además, el artículo 96 dispone que las personas legitimadas podrán decidir sobre el mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiese decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones. En caso de que las personas legitimadas soliciten la eliminación del perfil, el responsable deberá proceder sin dilación a la misma.

De la misma forma que el artículo 3, el artículo 96 establece que mediante Real Decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos, que podrá coincidir con lo dispuesto en el artículo 3.

Por último, el apartado cuatro del artículo 96 refiere que lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación.

4.3. Planteamiento de la problemática

En ambos artículos hay una serie de cuestiones polémicas. En primer lugar, la relativa a los sujetos legitimados, que se extiende de forma general a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, sus herederos y el designado por el fallecido, sin ningún límite ni prelación entre ellas. En segundo lugar, la referida a la amplitud de facultades que se confieren a los sujetos legitimados y que se aleja de lo previsto en la legislación española hasta el momento. En tercer lugar, la cuestión relacionada con las instrucciones del causante, cuya forma y validez se establecerá en un Real Decreto posterior. Por último, las disposiciones mencionadas no tienen en cuenta la existencia de un contrato entre el fallecido y el titular del servicio de la sociedad de la información, en el que se habrá podido pactar, entre otras cosas, el cierre o supresión de la cuenta tras el fallecimiento.

4.3.1. Sujetos legitimados

Como consideración previa, es preciso señalar que debe distinguirse entre el ejecutor de las últimas voluntades, que es a quien se refiere este artículo, y el beneficiario de la sucesión. También se da esta distinción en las normas sucesorias del Código Civil, que, en caso de haberse nombrado por el testador, dan prevalencia al albacea para ejecutar la última voluntad del difunto. A falta de albacea, es el heredero el que debe ejecutar la última voluntad del difunto (art. 911 CC).

La LOPDGDD se aleja de la solución propuesta por el Código Civil al regular los sujetos legitimados para acceder a los datos personales y al patrimonio digital del causante y decidir sobre estos. Así, el titular de la cuenta fallecido podrá designar a una persona o institución o un albacea testamentario —en caso de los contenidos digitales— para acceder a los datos personales y a los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información. El designado llevará a cabo las instrucciones que le deje respecto a sus datos personales, cuentas y al contenido que figure en ellas. Pero también faculta a los herederos y a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho para decidir acerca de estos extremos. Sin embargo, no establece ninguna prelación entre ellos.

La cuestión del derecho sucesorio surgió en la Sesión número 35 del Congreso de los Diputados, celebrada el 27 de febrero de 2018 y cuyo orden del día eran las comparecencias en relación con el proyecto de ley orgánica de protección de datos de carácter personal. En ella, el Grupo Parlamentario Ciudadanos, consultó al señor Piñar Mañas, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad CEU San Pablo y delegado de protección de datos del Consejo General de la Abogacía, acerca de si el régimen de los datos de las personas fallecidas y la herencia digital podría afectar al derecho de sucesiones⁸⁴.

Según PIÑAR MAÑAS, el articulado pretendía ser respetuoso con el Código Civil y: “por ello se señala que serán los *herederos* los que en su caso puedan ejercer esos derechos sin perjuicio de que el causante, el titular fallecido, pueda determinar o señalar quién, en su nombre, puede ejercer los derechos derivados de la legislación de protección de datos. Esto porque en términos generales el dato personal no forma parte de la herencia, sino que es un elemento de la personalidad; sin perjuicio de que pueda haber determinados

⁸⁴ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 448, 2018, pág. 19.

datos o información que sí pueda tener un valor o contenido que le pueda hacer calificable como parte de la herencia (...) En principio, la ley no está pensando en eso ni quiere pensar en eso. La ley no quiere en absoluto sustituir la regulación que contiene el Código Civil, tan solo se refiere a esa situación respecto de datos personales que en principio no formarían parte de la herencia”⁸⁵.

Sin embargo, aunque la ley no quiera pensar en ello, lo cierto es que, como se ha defendido a lo largo del presente trabajo, los datos personales y, sobre todo, los contenidos digitales pueden formar parte del caudal hereditario en numerosas ocasiones. Además, ya avanzada la tramitación parlamentaria, se añadieron como legitimadas las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, apartándose de la argumentación que daba PIÑAR MAÑAS sobre el respecto al Código Civil y por ende, de este.

Además de añadir a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho —también al artículo 3 LOPDGDD—, la redacción definitiva de la LOPDGDD cambió la ubicación de la disposición adicional séptima, pasando a ser el artículo 96, así como su rötulo, que pasó de ser “*Acceso a contenidos de personas fallecidas*” a “*Derecho al testamento digital*”. Habría sido más acertado mantener el rötulo anterior, puesto que el artículo 96 no regula un nuevo tipo de testamento, ni el derecho al mismo, sino que establece cómo deberá regirse el acceso a los contenidos de personas fallecidas gestionados por los prestadores de servicios de la sociedad de la información. La única relación que este artículo podría tener con el testamento es la posibilidad del causante de establecer las instrucciones acerca de este tipo de contenidos como una disposición dentro de este. Sin embargo, tampoco con ello se justifica el rötulo “*derecho al testamento digital*”. Se tratará del testamento que siempre hemos conocido, regulado en los artículos 662 y siguientes del Código Civil, aunque parte de su contenido o todo él, sean disposiciones sobre los contenidos digitales.

Este cambio es fruto de la enmienda número 312 del PSOE, presentada el 18 de abril de 2018, cuya motivación está basada en la omnipresencia de internet y la transformación digital de nuestra sociedad, así como la voluntad de impulsar la garantía de los derechos de los españoles en el mundo de internet⁸⁶.

⁸⁵ *Ibidem*, págs. 20 y 21.

⁸⁶ *BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de ley, nº13-2, enmienda número 312, 2018, págs. 190, 197 y 198.*

Parece que, en este momento, el legislador pretendió asimilar los legitimados para la protección de los datos personales del fallecido a los legitimados para defender la *memoria defuncti* del artículo 4 de la LO 1/1982. Sin embargo, este artículo da prevalencia para el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de la persona fallecida a la persona designada por esta en testamento y, a falta de ella, al cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada. En la LOPDGDD el fallecido deberá haber prohibido expresamente el acceso a los demás legitimados. Aun así, el catálogo de personas legitimadas por la LO 1/1982, aunque justificado en la defensa frente a las lesiones de los derechos protegidos por la ley y circunscrito a la falta de persona designada, ha sido criticado por la doctrina al no establecer un orden de prelación entre ellos y no incluir a los herederos⁸⁷.

También pudo pensar el legislador que existía una situación similar a la regulada por la Ley 41/2002, que permite el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho en su artículo 18.4, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En este último caso, únicamente podrán acceder cuando exista un riesgo para su salud y solo a los datos pertinentes. Como así se prevé también en el precepto para los terceros (personas que no están vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho). Asimismo, ya se trate de un acceso por parte de familiares o de terceras personas a la historia clínica del fallecido, no se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido, ni a la intimidad de terceras personas, lo que limita el acceso a aquellos datos aportados por terceros en interés terapéutico del paciente o a las anotaciones subjetivas de los médicos.

⁸⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en REGLERO CAMPOS, F., BUSTO LAGO, J. M. (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, tomo II, págs. 1366-1498; COBAS COBIELLA, M. E., “Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 15, 2003, págs. 122 a 124; LACRUZ BERDEJO, J.L. (Dir.). *Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Parte general. Personas*, Volumen II, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 108. Efectivamente, según la línea argumental de estos autores resulta criticable que no se incluya a los herederos, si bien se aduce asimismo que dichas facultades dirigidas a defender la memoria del difunto (que no constituyen parte de la herencia) y el bien jurídico protegido (que es otro distinto, y no el patrimonio del difunto), es lo que, en cierto modo, podría justificar que en este contexto, a falta de persona designada por el causante para ocuparse de esta defensa de su memoria, tengan legitimación los citados sujetos: cónyuge, descendientes, ascendientes, etc. Aunque habría que añadir a todo este argumentario la presencia de posibles aspectos patrimoniales relacionados con la explotación económica de la identidad pretérita (como la imagen, el nombre, etc.). Así, en estos casos sí que puede apreciarse transmisión mortis causa del componente patrimonial de los derechos de la personalidad. Un componente que sí se integraría en la herencia. En suma, en cuanto al contenido digital de la herencia, puede observarse que, efectivamente, existe una tutela *post mortem* de los aspectos personales de la personalidad pretérita del difunto (que no integran la herencia) y unos derechos patrimoniales de explotación de determinados derechos de la personalidad (que sí podrían integrarla, junto con los derechos de explotación de la propiedad intelectual).

Además, siguiendo a CÁMARA LAPUENTE, acceder a los datos y al contenido de las cuentas de plataformas o redes sociales del causante, no tiene nada que ver con los bienes jurídicos que se protegen en las normas descritas⁸⁸.

Es deseable una mayor coordinación por parte del legislador entre el derecho sucesorio y la LOPDGDD, aplicando el esquema del Código Civil en lo que se refiere al acceso, utilización, destino y supresión de los datos y contenidos digitales, ya que podrán integrar el caudal hereditario. Con la normativa en vigor, si una persona muere con una novela inédita alojada en una plataforma de servicios de almacenamiento *online*, como *Dropbox*, por ejemplo, el único legitimado para decidir sobre su divulgación será la persona designada por el testador para defender sus derechos morales de autor mientras que los derechos patrimoniales que surjan de la obra pertenecerán a los herederos⁸⁹. Sin embargo, cualquiera de los legitimados por los artículos 3 y 96 LOPDGDD, podría pedir a la plataforma el acceso y eliminarlo o impartir las instrucciones que consideren oportunas sobre su utilización, destino o supresión, salvo prohibición expresa del causante.

En los apartados siguientes se va a analizar con profundidad cada uno de los sujetos legitimados y las soluciones propuestas, más acordes al esquema del Código Civil.

4.3.1.1. Persona designada por el fallecido

El titular fallecido podrá designar la persona que habrá de seguir sus instrucciones en relación con sus activos digitales gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información.

No obstante, la LOPDGDD no establece preferencia alguna de la persona designada por el causante sobre el resto de las personas legitimadas, salvo que se les haya prohibido de forma expresa. Ello genera una incoherencia, puesto que, existiendo instrucciones precisas del fallecido al respecto y un designado para cumplirlas, ¿no debería este prevalecer?

Es lógico que, en el caso de existir instrucciones y una persona designada para cumplirlas, sea esta persona la que las lleve a cabo, excluyendo a las demás. Esa era la intención del legislador, o al menos eso parece desprenderse de la Memoria de análisis de impacto normativo del anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter

⁸⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, pág. 424.

⁸⁹ *Ibidem*, pág. 425.

personal. Según esta, en la disposición adicional séptima del Anteproyecto de Ley Orgánica, equivalente al actual artículo 96 LOPDGDD⁹⁰, únicamente se legitimaba para acceder al contenido de las instrucciones dejadas por el fallecido a la persona designada por este y, *en su defecto*, a sus herederos, con el objetivo de dar cumplimiento a la voluntad del fallecido y ejercer por él los derechos que le otorga el ordenamiento jurídico⁹¹. No obstante, debe matizarse aquí que esta precisión no está en el texto del Anteproyecto ni en el del Proyecto. De esta forma, en ninguno de ellos se hace alusión alguna a esta preferencia por la persona designada, sino que ambos establecían, igual que la LOPDGDD, que *también* el albacea testamentario y la persona o institución a la que el fallecido hubiese designado “*podrán solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones*”. Además, la disposición adicional séptima, igual que ahora el artículo 96, se refería al acceso a los contenidos y la impartición de instrucciones sobre su utilización, destino o supresión, no al acceso a las instrucciones como refiere la Memoria.

La persona designada por el fallecido para cumplir las instrucciones podría asimilarse al albacea particular (art. 894 CC). De la misma forma que el albacea, este tercero designado deberá abstenerse de ejecutar voluntades que sean contrarias al ordenamiento jurídico (art. 901 CC). En caso contrario, podrá verse expuesto a acciones de responsabilidad civil ejercidas por el heredero o legatario, por suprimir contenido de la herencia o legado aun siguiendo las instrucciones del causante, por ejemplo.

Por otro lado, tanto el artículo 3 como el 96 LOPDGDD, establecen la prevalencia del heredero a acceder a los datos personales y contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto (artículos 3.1 y 96.1.a LOPDGDD), aunque el causante lo haya prohibido expresamente, así como su modificación o eliminación. Aunque el artículo lo olvida, debe considerarse también incluido aquí el legatario, puesto que el artículo 668 CC establece que “*el testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o de legado*”. Así, el titular de una cuenta con activos digitales podrá constituir un legado cuyo objeto sea el contenido online de esas cuentas y el legatario no puede verse perjudicado no pudiendo acceder a los contenidos.

⁹⁰ La legitimación amplia que establecen los artículos 3 y 96 LOPDGDD se añadió posteriormente, como consecuencia de una enmienda del PSOE, *vid. Supra*, pág. 41.

⁹¹ MINISTERIO DE JUSTICIA. *Memoria de Análisis de Impacto normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de 10 de noviembre de 2017.*

4.3.1.2. Herederos o albacea universal

Tanto el artículo 3 como el 96 LOPDGDD, facultan a los herederos para solicitar el acceso a los datos personales o contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información, y en su caso, su rectificación o supresión, e incluso la impartición de instrucciones sobre su utilización o destino en el caso de los contenidos.

Además, el artículo 96.b) LOPDGDD se refiere al albacea testamentario, que también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos para dar cumplimiento a tales instrucciones. No obstante, guarda silencio acerca de la labor del albacea testamentario en caso de no haber instrucciones, por lo que parece que no podrá solicitar el acceso a activos digitales que formarán parte del patrimonio hereditario que debe gestionar.

En mi opinión, sería más afín a las normas sucesorias presentes en el Código Civil que, en caso de no haber instrucciones, sean el albacea universal o los herederos quienes gestionen este patrimonio hereditario conforme a la voluntad del causante en testamento, si lo hay.

Por otra parte, si existen instrucciones, pero no se ha designado qué persona o institución debe cumplirlas, deberían ser los herederos o el albacea testamentario, en su caso, siempre que sean lícitas.

Conforme a lo argumentado, deberían introducirse una serie de cambios en la ley. En primer lugar, debería establecer la primacía del designado por el causante para cumplir las disposiciones de este, sobre los demás sujetos legitimados. Una vez hecho esto, podría establecerse una cláusula de cierre similar a la que establece el artículo 911 CC, que refiere que, en caso de no haber albacea testamentario, corresponderá a los herederos la ejecución de la voluntad del testador. Así, la ley podría disponer que, en caso de que el designado para llevar a cabo las instrucciones no acepte el cargo o, si no se ha designado nadie para ello, las instrucciones sean cumplidas por los herederos o el albacea universal, si lo nombró. También podría ser esta la solución para el caso de que el fallecido no haya dejado instrucciones.

4.3.1.3. Personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho

También la previsión que hace el legislador para que puedan acceder a los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, resulta difícil de

incardinar dentro de nuestro derecho sucesorio. Ello porque estas personas legitimadas podrían tomar decisiones sobre contenidos que integran el caudal hereditario, sin seguir ninguna instrucción ni voluntad del causante, perjudicando a los herederos, simplemente por adelantarse al tomar la decisión de dirigirse al prestador del servicio.

Además, el legislador no ha delimitado quiénes son las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho. Las primeras no se encuentran delimitadas en grado, mientras que el artículo no especifica a quién se refiere con personas vinculadas al fallecido por razones de hecho. Estas personas podrían ser el cónyuge, los descendientes, los ascendientes o la pareja estable, pero también tíos y sobrinos y cualquier persona que pudiese demostrar una vinculación⁹².

Como ya se ha dicho en los apartados anteriores, si el causante dejó instrucciones debería ser el designado por este el encargado de cumplirlas. En el supuesto de no haber designación o no existir instrucciones, debería llevarlo a cabo el albacea universal, cuando se hubiese nombrado mediante testamento, o los herederos en caso contrario. En Francia, por ejemplo, el único legitimado es la persona designada por el fallecido y en caso de no existir instrucciones, solo los herederos podrán solicitar al prestador de servicios el acceso a los datos personales y únicamente para organizar y liquidar la herencia, solicitar el cierre de la cuenta y oponerse al tratamiento continuado de los datos personales o actualizarlos (artículo 85.II.2° 1° Loi n° 79-17 du 6 janvier 1979 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, en adelante LIFL). En caso de que sí existan instrucciones, pero no un designado para hacerlas cumplir, los herederos tendrán derecho a acceder a ellas y a solicitar su aplicación a los responsables del tratamiento, salvo que se indique lo contrario (art. 85.I LIFL).

4.3.2. Facultades de los legitimados

El derecho de acceso (art. 13 LOPDGDD), el derecho de rectificación (art. 14 LOPDGDD), el derecho de supresión (artículo 15 LOPDGDD), el derecho de limitación del tratamiento (art. 16 LOPDGDD) y el derecho a la portabilidad (art. 17 LOPDGDD) solo pueden ser ejercidos directamente por su titular o por medio de representante legal o voluntario, puesto que son derechos de carácter personal. Por ello, en los artículos 3 y 96

⁹² En opinión de algunos autores, “la consideración de familiar alcanza al cónyuge, hijos, padres y hermanos (no al primo Segundo) y la relación de hecho debe estar acreditada (por ejemplo, en el correspondiente registro o inscripción patronal)”. TRONCOSO REIGADA, A. “La confidencialidad de la historia clínica”, en *Cuadernos de derecho público*, núm. 27, 2006, pág. 101.

LOPDGDD, el legislador otorga una legitimación extraordinaria a los sujetos legitimados para ejercer facultades cuya titularidad no les corresponde⁹³.

Las facultades que otorga la LOPDGDD al grupo tan amplio de legitimados son acceder, rectificar, suprimir los datos personales o contenidos gestionados por prestadores de servicios, así como impartir las instrucciones que crean oportunas sobre la utilización o destino de los contenidos digitales, salvo prohibición expresa del fallecido o cuando lo impida una ley. Además, podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, salvo que hubiese decidido acerca de esta circunstancia.

Es decir, en el ámbito de la LOPDGDD, se permite como regla a determinadas personas cercanas al fallecido, así como al Ministerio Fiscal y los representantes legales del menor o de la persona con discapacidad, el amplio catálogo de facultades descritas en el apartado anterior. Todo ello sin un orden de prelación y con la única excepción de la prohibición expresa del fallecido o por una ley.

El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal permite, en su artículo 2.4. la posibilidad de las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, de *“dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de este con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo, y solicitar, cuando hubiere lugar a ello, la cancelación de los datos”*. Así, antes de la publicación de la LOPDGDD, no existía la posibilidad de acceder a los datos personales del fallecido, sino únicamente de cancelarlos.

Por su parte, la Agencia Española de Protección de Datos, en diversas Resoluciones, estableció que era posible el acceso de los herederos a los datos del causante, pero siempre que estuviese relacionado con su propia condición de heredero:

“es posible el acceso de los herederos a los datos del causante siempre que los mismos aparezcan directamente relacionados con su propia condición de heredero (datos necesarios para conocer el caudal relicto o el estado de determinados bienes de la herencia) toda vez que el mismo sucede al causante en todos sus derechos y

⁹³ NAVAS NAVARRO, S., *op. cit.*, págs. 76 y 77.

obligaciones como consecuencia de su muerte, tal y como determinan los artículos 651, 659 y 661 del Código Civil”⁹⁴.

No obstante, aclaran:

*“el acceso a la información a la que se ha hecho referencia no puede entenderse relacionado con el derecho de acceso consagrado en la legislación de protección de datos de carácter personal ya que el artículo 32 del Código Civil dispone que ‘la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas’ lo que determinaría, en principio, la extinción con la muerte de los derechos inherentes a la personalidad. En consecuencia, a la vista de lo que se ha venido exponiendo, los herederos podrán tener acceso a los datos del causante en cuanto ello suponga el ejercicio, ante las instancias pertinentes, de una acción en defensa de su derecho hereditario. Sin embargo, tales accesos no podrán ser considerados como manifestaciones del derecho de acceso, consagrado por el artículo 15 de la LOPD”*⁹⁵.

Esta previsión de acceso a la información del heredero se ha recogido en la LOPDGDD de forma acertada cuando refiere que la prohibición expresa de acceso a los datos o contenidos del causante, su supresión, rectificación o modificación, *“no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto”* (art. 3 y 96 LOPDGDD).

Aunque en Francia, se circunscribe esta previsión a que no existan previsiones contrarias del causante (art. 85.II.1º LIFL), parece más acertada la solución aportada por nuestra legislación. Así, el heredero podrá acceder a los elementos patrimoniales que formen parte del caudal hereditario con independencia de que el causante niegue el acceso, en consonancia con la legislación española.

Dejando de lado este acierto, la nueva legislación se aleja de la anterior y de las Resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos, proporcionando a un grupo amplio de sujetos legitimados amplias facultades que, en principio, solo corresponderían a su titular. Para CÁMARA LAPUENTE *“la admisión sin matices ni limitación de ningún tipo al acceso a los datos y contenidos digitales del fallecido (y la vaga remisión a*

⁹⁴ Resolución N.º.: R/02733/2012, de 15 de octubre de 2012, de la Agencia Española de Protección de Datos, fundamento de derecho octavo. También se establece el acceso por parte del heredero, entre otras, en las Resoluciones N.º.: R/02671/2012, de 14 de agosto de 2012 y R/00513/2013, de 25 de febrero de 2013.

⁹⁵ *Ibidem*, fundamento de derecho octavo.

prohibiciones legales) supone, un exceso que en ocasiones podrá provocar ataques incluso a la dignidad de la persona fallecida”⁹⁶.

En este sentido, es más conveniente la opción seguida por el legislador catalán quien, con anterioridad a la publicación de la LOPDGDD, promulgó la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las Voluntades Digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña (en adelante, Ley catalana 10/2017). En ella, además de limitar los sujetos legitimados a los herederos, el albacea universal o la persona designada y dar preferencia a esta última (art. 421-2.2), estableció unas facultades más limitadas en caso de no existir instrucciones del causante. Así, la Ley catalana 10/2017 añadió el artículo 411-10 CCCat, en el que se prevé que *“si el causante no ha expresado sus voluntades digitales, el heredero o el albacea universal, en su caso, puede ejecutar las actuaciones de las letras a, b y c del apartado 2 de acuerdo con los contratos que el causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales o de acuerdo con las políticas que estos prestadores tengan en vigor”*. De esta forma, a falta de disposiciones del causante, solo podrán comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción, solicitar que cancelen sus cuentas activas y que se ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores.

Esta solución sería más acorde con la protección del derecho a la intimidad de la persona fallecida, que tiene su máxima expresión en la posibilidad de acceder a los correos electrónicos del fallecido, salvo que este lo hubiese prohibido y también en el ámbito de los puros datos, pues guardan mucha información relativa a la geolocalización del fallecido, páginas web visitadas, etc. Adoptando esta solución, no solamente se limitaría las personas que tienen facultades sobre los activos digitales y los datos personales del fallecido, sino que estas se limitarían a lo que el causante pudo prever: cerrar la cuenta, ejecutar las cláusulas contractuales o las políticas establecidas para los casos de defunción y, en caso de que proceda —bien porque sea heredero y contengan

⁹⁶ CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, pág. 422. De hecho, como expresa este autor (en la página 386), resulta preferible la inversión de regla y excepción. Es decir, ya se ha visto cómo la LOPDGDD parte de la regla del acceso, solo excepcionada por la prohibición expresa del causante (o de la ley). En su opinión, es más razonable defender la regla contraria o al menos matizar mucho quiénes son las personas legitimadas para ese acceso y gestión de los intereses digitales del finado. A favor de esta línea argumental también se muestra SANTOS MORÓN, que considera *“criticable que, como regla y, a menos que el causante se haya manifestado expresamente en contra, estos últimos (los herederos), puedan acceder a sus datos personales”*, SANTOS MORÓN, M.J., *op. cit.*, pág. 437 (el subrayado es de la autora).

elementos patrimoniales, bien porque así lo pactó el fallecido con el prestador de servicios— solicitar la entrega de una copia de los archivos digitales alojados en sus servidores.

Es más, durante la tramitación de la LOPDGDD en el Senado, el Grupo Parlamentario Unidos Podemos – En Comú Podem – En Marea (GPPDOD) planteó una enmienda en el sentido de exceptuar del artículo 96.1 las comunicaciones electrónicas (correos electrónicos o mensajerías instantáneas) diferenciándolo de los contenidos digitales (archivos, películas, música, etc.). Su motivación era la protección del derecho al honor, la intimidad familiar y la propia imagen⁹⁷.

Así sucede en Estados Unidos, donde la RUFADAA⁹⁸, adoptada en 45 estados⁹⁹, restringe el acceso a las comunicaciones y correos electrónicos, permitiendo únicamente el acceso al catálogo de comunicaciones electrónicas del usuario y activos digitales, pero no a su contenido, siempre y cuando el titular no lo hubiese prohibido. Para acceder al contenido, es necesario el consentimiento expreso del usuario fallecido, que puede darse mediante instrucciones en línea, o una orden judicial (sección 7). Además, solo tendrá acceso el fiduciario, que en este ámbito es un representante, agente, persona de confianza del titular e incluso tutor, que actúa no solo *mortis causa*, sino también en los negocios jurídicos *inter vivos*. Así lo establece en la sección 3, que dispone que la ley se aplica al fiduciario que actúa en virtud de un testamento o un poder notarial, al representante personal que actúa en nombre de un difunto, al tutor, al custodio y al fiduciario que actúa bajo un fideicomiso. Además —al contrario que la LOPDGDD, que no establece prevalencia entre la persona designada y los herederos, albacea testamentario y personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho—, deja fuera a los familiares y amigos, que “*pueden solicitar dicho acceso, pero, a menos que sean fiduciarios, sus esfuerzos estarán sujetos a otras leyes y no estarán cubiertos por esta ley*” (*Prefatory Note*).

Resulta chocante en este punto la preferencia que da la RUFADAA a las instrucciones en línea, que se refleja también en la Sección 4, dedicado a la forma de las

⁹⁷ *BOCG, Senado, núm. 298, 2018, enmienda núm. 30, pág. 26.*

⁹⁸ *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (RUFADAA)*. Se trata de un documento elaborado por la *United Law Commission*, una asociación sin ánimo de lucro y ajena a la administración, cuyo objeto es lograr, en la medida de lo posible, la uniformidad de las leyes estatales de Estados Unidos.

⁹⁹ Datos actualizados a 07 de octubre de 2020 por la National Conference of State Legislature. Disponible en: <https://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/access-to-digital-assets-of-decedents.aspx>.

instrucciones. Ente apartado refiere que se tendrá en cuenta, en primer lugar, la voluntad del usuario manifestada en la herramienta en línea que proporcione el sitio web, que anulará lo dispuesto por el usuario en testamento, fideicomiso, poder u otro registro si es contrario a esta —a diferencia de lo que sucedía en Cataluña, donde si existía testamento, el documento de voluntades digitales perdía su validez. Siguiendo con lo dispuesto en la RUFADAA, en caso de no haber manifestado el fallecido su voluntad mediante la herramienta en línea del sitio web, sí se tendrá en cuenta lo dispuesto el testamento, fideicomiso, poder u otro registro. Además, las instrucciones del usuario anularán la disposición contraria en un Acuerdo de términos de servicios que no requiera el consentimiento del usuario de forma clara. Si el usuario no previó nada, entonces se aplicará lo establecido en los Términos de servicio.

Volviendo a España, si no se permitiese el acceso a las comunicaciones electrónicas del fallecido, el derecho de los herederos a acceder al contenido patrimonial de su causante estaría salvaguardado por la previsión contenida en el apartado a) del artículo 96.1 LOPDGDD.

Por otro lado, también es destacable el apartado seis del artículo 411-10 CCCat que establece que *“si el causante no lo ha establecido de otro modo en sus voluntades digitales, la persona a quien corresponde ejecutarlas no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial”*. Así, el heredero o el designado por el causante podrán impartir al prestador de servicios las instrucciones necesarias para cumplir el mandato del causante, pero no acceder al contenido, salvo autorización judicial o que el fallecido lo haya dispuesto así. Como ya se ha apuntado, el legislador español optó por la opción contraria, siendo el acceso la regla general, salvo prohibición expresa del causante.

Teniendo en cuenta los derechos fundamentales en juego y las expectativas razonables del usuario en internet —que generalmente no espera que nadie acceda a sus cuentas de correo electrónico, redes sociales, etc.—, en la legislación estatal debería invertirse la regla general. Así, en lugar de establecer unas facultades desorbitadas a tan amplio grupo de legitimados (salvo prohibición expresa del fallecido), en caso de no existir instrucciones del fallecido, deberían limitarse las facultades a solicitar el cierre de cuentas y la eliminación de los datos. La solicitud referida al cumplimiento de las cláusulas contractuales o políticas consentidas por el finado se tratará más adelante (*apartado 4.3.4*).

4.3.3. Forma y validez de las instrucciones

La LOPDGDD no establece la forma que será necesaria para disponer de las voluntades digitales, sino que hace referencia a un Real Decreto posterior en el que se establecerán los requisitos para su validez y vigencia, y en su caso, el registro de estas.

En el ámbito autonómico, con anterioridad a la publicación de la LOPDGDD, el legislador catalán promulgó la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las Voluntades Digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña (en adelante, Ley catalana 10/2017). De la misma forma que la legislación española, permite a la persona disponer de sus activos digitales para el caso de muerte, mediante las voluntades digitales, que serán ejecutadas por el heredero, albacea universal o la persona designada para ello. Esta ley sí establece la forma de las voluntades digitales, que se ordenarán por medio de testamento, codicilio o memorias testamentarias (art. 411-10.3.a). En caso de no haber otorgado disposiciones de última voluntad, las voluntades digitales podrán otorgarse mediante un documento que debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales (art. 411-10.3.b.).

También se añadió una disposición adicional tercera al Código Civil de Cataluña para crear dicho Registro electrónico de voluntades digitales donde inscribir los documentos de voluntades digitales. El acceso a este estaba reservado al otorgante y, una vez fallecido y siempre que no hubiese otorgado disposiciones de última voluntad, a las personas legítimamente interesadas al objeto de conocer la existencia de voluntades digitales. Su contenido solo podía solicitarse por las personas designadas para la ejecución de las voluntades digitales, entregándose solo a estas. Así, el documento de últimas voluntades solo tenía eficacia si el fallecido no otorgó disposiciones de última voluntad, aunque estas no contuviesen previsión alguna sobre las voluntades digitales o fuesen compatibles con estas.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró en su Sentencia de pleno 7/2019, de 17 de enero de 2019¹⁰⁰, la inconstitucionalidad y nulidad de, entre otros, el artículo 6 de la Ley catalana 10/2017, en cuanto a la redacción dada al artículo 411-10.3.b) CCCat, y del artículo 10, que incorporaba la disposición adicional tercera al Código Civil de Cataluña. Ello en el entendimiento de que el registro electrónico de voluntades digitales

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2019, de 15 de enero de 2019. (RTC 2019\7).

era un registro jurídico de derecho privado —y no administrativo como defendía el legislador catalán—, por lo que excedía su ámbito competencial e invadía la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8 CE). Dada la nulidad de todos los preceptos referidos al registro y al documento de voluntades digitales, estas solo podrán ordenarse mediante documentos de última voluntad: testamento, codicilo o memorias testamentarias.

La ley francesa también contiene la posibilidad de establecer las voluntades digitales mediante un documento *ad hoc* que podrán registrarse con un tercero digital de confianza certificado por la Comisión Nacional de Informática y Libertades y se inscribirán en un registro público (art. 85.1 LIFL), pero no se declara ninguna incompatibilidad con el testamento u otros documentos de últimas voluntades. Por su parte, la LOPDGDD, al remitirse a un Real Decreto posterior para establecer la validez y vigencia de las instrucciones, parece referirse también a la posibilidad de establecer un documento de voluntades digitales. En ese caso, sería deseable que se estableciese la compatibilidad o no de sus previsiones con las dispuestas en el testamento u otros documentos de últimas voluntades, en su caso, así como la prevalencia de unas u otras en caso de que la convivencia de ambas sea posible pero ordenen cosas contrarias.

Dejando de lado el documento en el que habrá de plasmarse las instrucciones, también debe ponerse atención a su contenido. Las instrucciones dejadas por el causante no pueden perjudicar a los derechos de terceros, incluyendo aquí al heredero, legatario o acreedores del causante. Si el causante dispone la supresión de contenidos digitales que suponen un activo hereditario, generaría un daño a estos terceros. NAVAS NAVARRO considera que una instrucción de este tipo debería reputarse ilícita por antijurídica y sería equivalente a ordenar la destrucción de parte de la herencia¹⁰¹. Estas instrucciones deberán tenerse por no dadas en la medida que causen ese perjuicio. No obstante, en caso de ejecutarse hay que tener en cuenta la responsabilidad civil a lo que ello daría lugar para el ejecutor de las voluntades digitales, que respondería frente al heredero del daño ocasionado por la pérdida de contenido digital de su herencia.

Por último, es preciso preguntarse por la necesidad de un registro de voluntades digitales, cuando en España ya existe el registro de últimas voluntades, ¿no sería mejor aprovechar la infraestructura de este e inscribir también en él las disposiciones referidas

¹⁰¹ NAVAS NAVARRO, S., *op. cit.*, pág. 79.

a los activos digitales? Si estas se recogen en testamento, ¿será necesario inscribirlo en ambos registros?

4.3.4. Condiciones generales del contrato y configuración de la plataforma o sitio web

No puede desconocerse que los datos y contenidos a los que los sujetos legitimados por los artículos 3 y 96 LOPDGDD pretenden acceder surgen de una relación jurídica entre el fallecido y el prestador de servicios de internet. Como se ha apuntado (apartado relativo al “Derecho de sucesiones y contratos de adhesión”), la mayor parte de estos contratos recogen la imposibilidad de la transmisión de la cuenta a un tercero, así como su extinción *mortis causa*. Pero también hay que tener en cuenta la existencia de opciones por parte de los prestadores de estos servicios en cuanto qué hacer en caso de muerte o inactividad de la cuenta, en los que el titular puede elegir entre las opciones que se le plantean.

El legislador español ha perdido la oportunidad de clarificar qué sucederá con lo aceptado por el titular de la cuenta con respecto al destino de esta en caso de fallecimiento. El artículo 96.2 LOPDGDD, establece que *“las personas legitimadas en el apartado anterior podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones”*. Sin embargo, no queda claro si, en este caso, estas instrucciones podrán ser las alojadas en el servicio o se trata de las mismas instrucciones a las que se refiere el resto del artículo, que parece que deberán ser dadas en un documento de últimas voluntades digitales *ad hoc*, cuya forma aún se desconoce (art. 96.3 LOPDGDD), o en testamento.

Sí las tiene en cuenta el legislador catalán, que introduce en el artículo 411-10.2.c que:

“el causante, en las voluntades digitales en caso de muerte, puede disponer el contenido y el alcance concreto del encargo que debe ejecutarse, incluyendo que la persona designada [solicite] a los prestadores de servicios digitales que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores”.

Esta solución es criticada por SANTOS MORÓN, quien refiere que “si la voluntad de una persona es ceder sus contenidos privados a sus herederos o a una persona designada al efecto, debería darse primacía a esa voluntad frente a las posibles condiciones generales que las empresas de internet hayan querido imponer”¹⁰². No obstante, en mi opinión, la legislación catalana está refiriéndose a una opción que el causante puede seguir a la hora de disponer de sus voluntades digitales o no. Esta opción no excluye al resto de decisiones que pueda tomar.

Siguiendo con lo establecido por el legislador catalán, en caso de que el causante no haya expresado sus voluntades digitales, será el heredero o el albacea universal el que comunique a los prestadores de servicios digitales la defunción, solicite la cancelación de las cuentas activas y la ejecución de las cláusulas contractuales o la activación de las políticas establecidas para los casos de defunción, pero todo ello “*de acuerdo con los contratos que el causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales o de acuerdo con las políticas que estos prestadores tengan en vigor*” (art. 411-10.3). Así, las condiciones generales aceptadas por el causante sí que se superponen al deseo de los herederos al respecto.

También tiene en cuenta los acuerdos de términos de servicios la RUFADAA. En ella, se establece que las disposiciones aceptadas en los acuerdos de términos de servicios decaerán en beneficio de las instrucciones del usuario si son contrarias a estas y no requerirían el consentimiento del usuario de forma clara. Por otro lado, sí tienen en cuenta lo manifestado por el fallecido mediante la herramienta del sitio web, que prevalecerá incluso ante testamento, fideicomiso, poder u otro registro (Sección 4).

Mientras que en la legislación francesa se establece que las instrucciones referidas al tratamiento de datos están sujetas al consentimiento expreso del interesado, no pudiendo resultar de la aprobación por este último de las condiciones generales de uso (art.85.I LIFL). Además, se obliga a los prestadores de servicios de comunicación *online* a informar al usuario del destino de sus datos en caso de fallecimiento y deberá permitirle elegir si comunica o no sus datos a un tercero por él designado (art. 85.III LIFL).

La legislación estatal guarda silencio. Podría seguirse una solución en la que se tenga en cuenta, en primer lugar, lo dispuesto por el usuario en testamento o documento de últimas voluntades. En caso de no haber establecido nada, lo dispuesto a través de la

¹⁰² SANTOS MORÓN, M.J., *op. cit.*, pág. 436.

herramienta en línea de la plataforma, siempre que sea una opción elegida de forma activa por este. Por último, yo descartaría acudir a las condiciones generales de uso del sitio web o a los acuerdos de términos de uso, de la misma forma que lo hace la legislación francesa.

Conforme a lo expuesto, habría resultado preferible que la LOPDGDD hubiese clarificado el papel de las cláusulas contractuales contenidas en condiciones generales de uso o términos de servicio y aceptados por el titular de la cuenta fallecido. Debido a esta omisión, en el momento actual, los prestadores de servicios podrán invocarlos para impedir a las personas legitimadas por la ley accedan a los datos y contenidos digitales de este. En este punto, será determinante el papel de la jurisprudencia.

V. CONCLUSIONES

Las voluntades digitales suponen la ordenación por parte de una persona del destino de sus bienes y servicios digitales para después de su muerte. Así, la persona designada o el albacea testamentario, se encargará de seguir las instrucciones del fallecido, eliminando o gestionando su presencia en internet.

Las voluntades digitales pueden ser de contenido patrimonial como extrapatrimonial. Por ello, su fundamento es doble. Por un lado, la seguridad jurídica, reflejada en que los sucesores de la persona se hagan cargo de su patrimonio a su fallecimiento. Por otro lado, proteger la memoria del difunto, su derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El patrimonio digital del causante podrá integrarse dentro de la masa activa de la herencia, pudiendo ordenarse mediante testamento. También mediante este instrumento podrán ordenarse los activos digitales que carezcan de todo valor patrimonial, así como su protección, puesto que el ordenamiento jurídico admite la validez del testamento con independencia de que el contenido sea patrimonial, mixto o enteramente extrapatrimonial.

No obstante, hay que tener en cuenta el tipo de activos de los que estamos hablando. Generalmente se encontrarán alojados en un sitio web al que se acceda mediante un usuario y contraseña que, de figurar en un testamento, será de acceso a todas las personas legitimadas conforme al artículo 226 del Reglamento Notarial.

Una posible solución a este problema la ofrecen las propias empresas prestadoras de este tipo de servicios. Algunas de ellas permiten al titular de la cuenta elegir una persona designada para cerrar la cuenta o que se le envíen los contenidos que este disponga. En este contexto, también han surgido empresas e incluso compañías de

seguros que se ofrecen a gestionar el contenido digital del contratante en el momento de su fallecimiento.

Otra solución podrían ser los instrumentos y mandatos que recogen los artículos 3 y 96 LOPDGDD, donde se designa a una persona encargada de gestionar el destino de los datos personales y contenidos digitales del fallecido. Así, podrían establecerse las voluntades digitales en un documento *ad hoc*, en el que figurasen las contraseñas de acceso a los servicios de la sociedad de la información. Este documento podría inscribirse en un nuevo registro público de voluntades digitales e incluso en el Registro de Actos de Última Voluntad ya existente. De forma que cualquier interesado podría saber acerca de la existencia de últimas voluntades digitales, pero solo la persona designada o los herederos del fallecido a falta de esta, podrían conocer el contenido de tales voluntades.

Hay que considerar que los artículos 3 y 96 LOPDGDD establecen la posibilidad de designar a una persona encargada de cumplir las instrucciones del fallecido respecto de sus datos personales y contenidos digitales, respectivamente, y, al mismo tiempo, permiten ejercer la facultad de acceder a los datos personales y contenidos digitales del fallecido a cualquier persona vinculada al causante por razones familiares o de hecho — además de a los herederos— como regla general. La única excepción es la prohibición expresa por parte del fallecido o la existencia de una ley que lo prohíba.

La crítica a esta ley es amplia. En primer lugar, porque no tiene en cuenta que puede afectar a materias reguladas por el derecho de sucesiones, siguiendo una línea totalmente ajena a esta. Tampoco tiene en cuenta la existencia de contratos entre el titular fallecido y el prestador de servicios de la información, lo que induce a preguntarse si tiene preferencia la autonomía de la voluntad o lo dispuesto por la ley a la hora de dar acceso a terceros. La ley no lo aclara. Por último, con la regla general descrita, desconoce la expectativa de la persona usuaria de que a su fallecimiento no se acceda a elementos que hasta ese momento han estado protegidos por su derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos.

Para asegurar la protección del derecho a la intimidad *post mortem*, habría sido más acertado que la regla general establecida por el legislador fuese la prohibición de acceso, salvo que el fallecido hubiese establecido expresamente lo contrario. Asimismo, si el fallecido hubiese dejado instrucciones designando a una persona, sería esta persona la única legitimada para seguirlas, prohibiéndose al resto toda facultad referida al acceso, rectificación y utilización de los datos personales y contenidos digitales. Por otro lado, en

caso de no haber designado a nadie en las instrucciones, sería conveniente que fuesen los herederos los encargados de cumplirlas, en línea con lo establecido en el artículo 911 CC, o el albacea testamentario, en su caso. Todo ello, dejando a salvo el derecho de los herederos a acceder a los datos y contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto. Esta última previsión, contenida en la actual LOPDGDD, venía siendo habitual en las Resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos.

En este sentido, también cabría establecer un apartado de cierre en la ley que considerase que, en caso de que el fallecido no hubiese dispuesto nada al respecto de sus datos personales y sus contenidos digitales, los herederos pudiesen solicitar al prestador de servicios de la sociedad de la información o al responsable del tratamiento de datos el cierre de las cuentas y la supresión o rectificación de los datos. Esta es en parte la solución adoptada por la legislación catalana y francesa.

Por otra parte, la ley no se pronuncia respecto a las cláusulas contractuales que establecen el cierre de la cuenta o la prohibición de acceso de terceros. Una previsión al respecto podría evitar futuros litigios al respecto.

Con la promulgación de esta ley el legislador español ha dejado muchas cuestiones por resolver y en otras se ha apartado de la lógica que habría de seguir teniendo en cuenta el marco normativo en el que se encuentra. Todavía no han surgido litigios al respecto. No por falta de conflictividad, ya se ha analizado la problemática en cuanto a la disposición de los activos digitales, que no se soluciona con esta ley. Tampoco por falta de entidad de la materia. La falta de litigios viene dada por el poco tiempo que ha pasado desde su entrada en vigor, el 25 de mayo de 2018, unida a la edad media de las personas que pueden tener un mayor interés en la regulación que hacen los artículos 3 y 96 LOPDGDD. No obstante, dentro de unos años, habrá muchas personas cuyo patrimonio digital iguale e incluso supere su patrimonio analógico y la regulación actual deberá afrontar los desafíos legales que se ocasionarán en esta materia.

En definitiva, habrá que observar qué propuestas de solución podrían mejorar la coherencia normativa en un ámbito, como la sucesión en lo digital, donde se halla interrelacionado lo personal y lo patrimonial. Y donde entran en juego no sólo el derecho sucesorio, sino también el derecho contractual y el derecho de la persona. Lo que exige, una vez aclarados los términos utilizados en esta materia (y delimitado lo que forma parte de la identidad y del patrimonio digital, la distinción entre bienes y servicios digitales, entre sucesor y ejecutor digital, etc.), reflexionar si las extensas facultades que a día de

hoy corresponden *por defecto* a tan amplio elenco de personas legitimadas para acceder y gestionar los intereses digitales del finado, o de velar por los intereses personales y patrimoniales de éste, no debieran ser limitadas y matizadas a este respecto.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CAVERO MOCHALES, N. “Artículo 3. Datos de las personas fallecidas”, en ARENAS RAMIRO, M. y ORTEGA GIMÉNEZ, A. (Dir.), *Protección de datos: comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepín, Madrid, 2019, págs. 57 a 60.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV, Tomo 2, Derecho de sucesiones. Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), Madrid, 2017.

GARCÍA RUBIO, M.P. “Los derechos de la personalidad”, en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (dir.) y SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de derecho de la persona física*, Tomo II, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2013, págs. 595 a 631.

GARCÍA RUBIO, M.P. “Los derechos de la personalidad”, en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (dir.) y SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de derecho de la persona física*, Tomo II, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2013, págs. 595 a 631.

GINEBRA MOLINS, M.E. “Morir en la era digital ‘Voluntades digitales’, intimidad y protección de datos personales”, en MADRID PARRA, A. (Dir.) y BLANCO SÁNCHEZ, M.J. (Coord.), *Derecho mercantil y tecnología*, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2018, págs. 107 a 153.

GINER GANDÍA, J. “El testamento digital sí existe y ya ha llegado”, en “OLIVA LEÓN, R. Y VALERO BARCELÓ, S. (Coords.). *Testamento ¿digital?* Juristas con futuro, España, 2016, págs. 56 a 70.

GONZÁLEZ GRANADO, J. “Solo se muere una vez: ¿herencia digital?”, en OLIVA LEÓN, R. Y VALERO BARCELÓ, S. (Coords.). *Testamento ¿digital?* Juristas con futuro, España, 2016, págs. 39 a 44.

HIGUERAS, I. *Valor comercial de la imagen. Aportaciones del right of publicity estadounidense al derecho a la propia imagen*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), Berriozar, 2001.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (Dir.). *Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Parte general. Personas*, Volumen II, Dykinson, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. “La tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales”, en RALLO LOMBARTE, A. (Dir.), *Tratado de protección de datos actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 53 a 77.

MARTOS CALABRÚS, M.A. “Aproximación a la sucesión en el patrimonio virtual”, en DOMÍNGUEZ LUELMO A. y GARCÍA RUBIO, M.P. (Dir.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer España, S.A., Madrid, 2014, págs. 929 a 944.

MINERO ALEJANDRE, G. *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018.

OLIVA LEÓN, R. Y VALERO BARCELÓ, S. (Coords.). *Testamento ¿digital?* Juristas con futuro, España, 2016.

OTERO CRESPO, M. “Problemas sucesorios de los derechos de la personalidad: regulación y lagunas en el régimen de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en DOMÍNGUEZ LUELMO A. y GARCÍA RUBIO, M.P. (Dir.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Wolters Kluwer España, S.A., Madrid, 2014, págs. 1107 a 1130.

RECHE TELLO, N. “Artículo 96. Derecho al testamento digital”, en ARENAS RAMIRO, M. y ORTEGA GIMÉNEZ, A. (Dir.), *Protección de datos: comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepín, Madrid, 2019, págs. 401 a 405.

ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F. “Testamento digital”, en “OLIVA LEÓN, R. Y VALERO BARCELÓ, S. (Coords.). *Testamento ¿digital?* Juristas con futuro, España, 2016, págs. 26 a 28.

TORRES GARCÍA, T.F. y GARCÍA RUBIO, M.P. *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2014.

Revistas

CÁMARA PUENTE, S., “¿Vida digital eterna o muerte digna en la nube? La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 88-89, 2020, págs. 56-69, ISSN/ISBN: 1889-0016.

COBAS COBIELLA, M. E., “Protección *post mortem* de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 15, 2003, págs. 112 a 129.

GARCÍA HERRERA, V., “La disposición sucesoria del patrimonio digital”, en *Actualidad civil*, núm. 7-8, 2017, págs. 64 a 72, ISSN 0213-7100.

GINEBRA MOLIS, M.E., “Voluntades digitales en caso de muerte”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, Nº1, 2020, págs. 908 a 929, ISSN 1989-4570 – www.uc3m.es/cdt - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5229>.

GIONES-VALLS, A. y SERRAT-BRUSTENGA, M. “La gestión de la identidad digital: una nueva habilidad informacional y digital”, en *Textos universitaris de biblioteconomia i documentació*, núm. 24, 2010, ISSN 1575- 5886, <http://bid.ub.edu/24/giones2.htm>.

NAVAS NAVARRO, S., “Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado ‘testamento digital’”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2020, págs. 59 a 88, ISSN 0034-7922.

ÖHMAN, C.J., “Are the dead taking over Facebook? A Big Data approach to the future of death online”, en *Big Data & Society*, 2019, <https://doi.org/10.1177/2053951719842540>.

OTERO CRESPO, M. “La sucesión en los ‘bienes digitales’. La respuesta plurilegislativa española”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 4, 2019, Estudios, págs. 89 a 133, ISSN 2341-2216 – <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.

PALAZÓN GARRIDO, M.L., “La protección *post mortem* del contenido patrimonial del derecho a la propia imagen (consideraciones al hilo de la sentencia del

Tribunal Supremo Federal Alemán de 1 de diciembre de 1999: Caso ‘*Marlene Dietrich*’), *Actualidad civil*, núm. 2, 2003, págs. 495 a 518.

RODRÍGUEZ PRIETO, R. y MARTÍNEZ CABEZUDO, F., “Herencia digital, términos y condiciones de uso y problemas derivados de la praxis social. Un análisis desde la filosofía del derecho”, en *Revista Internacional de Pensamiento Político – I Época*, vol. 12, 2017, págs. 77 a 104, ISSN 1885-589X.

SANTOS MORÓN, M.J., “La denominada ‘herencia digital’: ¿necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1º, 2018 págs. 413 a 438, ISSN 1989-4570 – www.uc3m.es/cdt - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4128>.

SOLÉ RESINA, J. “Las voluntades digitales: marco normativo actual”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXI, fasc. II, 2018, págs. 417 a 440.

TRONCOSO REIGADA, A. “La confidencialidad de la historia clínica”, en *Cuadernos de derecho público*, núm. 27, 2006, págs. 47 a 143.

YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en REGLERO CAMPOS, F., BUSTO LAGO, J. M. (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, tomo II, págs.1366 a 1498.

Conferencias

CÁMARA LAPUENTE, S. (24/01/2019). La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital [versión escrita]. En Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, Madrid.

Páginas web

¿Qué es un contacto de legado y qué puede hacer con mi cuenta de *Facebook*? Servicio de ayuda. Disponible en: <https://www.facebook.com/help/legacycontact>.

Acerca del Administrador de cuentas inactivas. Ayuda de Cuenta de *Google*. Disponible en: <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=es>.

BEQUEST DIGITAL TRUST S.L. Mi legado digital: Testamento Digital. Mi legado digital. Disponible en: <https://www.milegadodigital.com/testamento-digital/>.

FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, L. Testamento, legado, herencia... ¿Digital? Notarios en red. Disponible en: <https://www.notariosenred.com/2015/09/testamento-legado-herencia-digital/>.

LLOPIS, J.C. (10/07/2014). La transmisión hereditaria de archivos digitales. José Carmelo Llopis Notario. Disponible en: <http://www.notariallopis.es/blog/i/117/73/la-transmision-hereditaria-de-archivos-digitales>.

LLOPIS, J.C. (11/03/2015), El notario, el testamento *online* y el heredero digital. José Carmelo Llopis Notario. Disponible en: <http://www.notariallopis.es/blog/i/1235/73/el-notario-el-testamento-on-line-y-el-heredero-digital>.

LLOPIS, J.C. (17/07/2014). La transmisibilidad por causa de muerte en el mundo digital. José Carmelo Llopis Notario. Disponible en: <http://www.notariallopis.es/blog/i/118/73/la-transmisibilidad-por-causa-de-muerte-en-el-mundo-digital>.

ROSALES, F. (05/11/2018). Testamento ológrafo digital. Notario Francisco Rosales. Disponible en <https://www.notariofranciscorosales.com/testamento-olografo-digital/>.

Seguro de Decesos. *Helvetia*. Disponible en: <https://www.helvetia.es/seguros/seguro-de-decesos>.

Términos de uso de *Netflix*. *Netflix* Centro de Ayuda. Disponible en: <https://help.netflix.com/legal/termsfuse>.

UNIFORM LAW COMMISSION. Overview. Uniform Law Commission. Better Laws. Stronger States. Disponible en: <https://www.uniformlaws.org/aboutulc/overview>.

Legislación

Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal. Disponible en: <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV08L0-20172401&fcAct=2018-01-10T10:53:31.601Z&lang=es>.

BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de ley, nº13-1, 121/000013 Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.

BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de ley, nº13-2, 2018.

BOCG, Senado, núm. 298, 2018.

Constitución Española.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 448, 2018.

Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

Ley 10/2017, de 27 de junio, de las Voluntades Digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (derogada).

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Loi n° 79-17 du 6 janvier 1979 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

MINISTERIO DE JUSTICIA. *Memoria de Análisis de Impacto normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de 10 de noviembre de 2017*.

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos).

Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (RUFADAA), 2015.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre de 2000. (RTC 2000\292).

Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo de 2001. (RTC 2001\81).

Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2019, de 15 de enero de 2019. (RTC 2019\7).

Sentencia del Tribunal Supremo 864/2015, de 10 de diciembre de 2015. (RJ 2015\6401).

Resoluciones

Resolución N.º.: R/02671/2012, de 14 de agosto de 2012, de la Agencia Española de Protección de Datos.

Resolución N.º.: R/02733/2012, de 15 de octubre de 2012, de la Agencia Española de Protección de Datos.

Resolución N.º.: R/00513/2013, de 25 de febrero de 2013, de la Agencia Española de Protección de Datos.