HERENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS DE PERSONAS FALLECIDAS. A PROPÓSITO DEL MAL DENOMINADO «TESTAMENTO DIGITAL»

SUSANA NAVAS NAVARRO
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN

El comportamiento digital de la persona tiene relevancia no solo durante su vida sino también después de su muerte. En concreto, se plantea la cuestión de si las relaciones jurídicas creadas con ocasión del mismo forman parte de su herencia y consiguientemente si son transmisibles a sus herederos. Esto lleva al análisis de las condiciones de uso de los sitios web en los que los usuarios crean sus cuentas y a considerar si el contenido vertido en ellos tiene carácter de dato personal o no. Estudiamos estos aspectos desde la perspectiva del derecho de sucesiones y de la legislación de protección de datos de carácter personal. La descoordinación entre ambas ramas del ordenamiento jurídico es más que evidente, lo que nos lleva a destacar el relevante papel que en la práctica deberán tener los notarios en relación con la voluntad digital de los otorgantes de negocios jurídicos mortis causa.

Palabras clave: *sucesión; herencia; contenido digital; datos personales; privacidad; perfiles; plataformas online; internet.*

INHERITANCE AND PROTECTION OF THE DECEASED'S PERSONAL DATA. ABOUT THE MISNAMED «DIGITAL WILL»

ABSTRACT

The digital behavior of the person is relevant not only during his life but also after his death. In particular, the question that arises is to whether the legal relationships created on that occasion form part of their inheritance and consequently if they are transferable to their heirs. This leads to the analysis of the conditions of use of the websites in which the users create their accounts and to consider whether the content spilled in them can be viewed as personal data or not. We approach these aspects regarding inheritance law and personal data protection legislation. The lack of coordination between both parts of the legal system is more than evident, which leads us to highlight the relevant role that notaries should have in practice in relation to digital wills.

Key words: *succession; inheritance; digital content; personal data; privacy; profiles; online platforms; internet.*

SUMARIO

I. El contenido digital que forma parte de la herencia: 1. El doble contenido «analógico» y «digital» de la herencia.– 2. Comportamiento digital del causante y contenido de la herencia.– 3. Bienes digitales.– 4. Conclusión.– II. Las condiciones de uso de los sitios web o plataformas tecnológicas en caso de fallecimiento del usuario: 1. Aplicación del principio de equivalencia funcional.– 2. Cláusulas acerca de la extinción de la relación jurídica debido al fallecimiento del usuario. Su validez a la luz de la legislación sobre condiciones generales y cláusulas abusivas.– 3. Cláusulas relacionadas con el «cierre» de la cuenta personal cuando el usuario ha fallecido. Su consideración a la luz de la legislación sobre condiciones generales y cláusulas abusivas: *A) «Cierre» de una cuenta de usuario fallecido.– B) Acceso al contenido de una cuenta de un usuario fallecido*.– 4. Conclusión.– III. Contenido digital de usuarios fallecidos. Algunas cuestiones de derecho sucesorio: 1. Introducción.– 2. Instrucciones dadas por el causante acerca del contenido digital de su herencia: *A) Sujeto legitimado para cumplir las instrucciones. Aspectos controvertidos desde la perspectiva del Derecho de sucesiones.– B) Contenido de las instrucciones: a) Posibles instrucciones. Cuestiones problemáticas.– b) Condiciones de uso de sitios web e instrucciones del causante.– C) Forma de las instrucciones*.– 3. Ausencia de instrucciones por parte del causante acerca del contenido digital. Sujetos legitimados.– 4. Conclusión. Otra intervención iatrogénica (más) del legislador.– IV. Protección de los datos personales de los «amigos digitales» del causante.– V. No conculcación del derecho al secreto de las comunicaciones por el proveedor del servicio.

I. El contenido digital que forma parte de la herencia

Tras hacer unas consideraciones acerca del contenido de la herencia (1.) y del comportamiento digital del causante (2.), pasamos a referirnos a los denominados «bienes digitales» (3.). A todo ello siguen unas breves conclusiones (4.).

1. El doble contenido «analógico» y «digital» de la herencia

La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte como reza el art. 659 CC[1] o precepto equivalente de leyes autonómicas[2] o de Códigos civiles europeos[3]. Aunque se pensaba en aquellos bienes, derechos y obligaciones, es decir, en relaciones jurídicas que existían, se constituían o extinguían en el mundo físico, hoy denominado analógico, la descripción de la herencia permite incluir, sin necesidad de modificación alguna, los bienes, derechos y obligaciones que se constituyen, se desenvuelven y se extinguen enteramente en el mundo digital (*v. gr.*, criptomonedas,

[1] Un estudio detenido de este precepto puede consultarse en Ramón Herrera de las Heras, «El contenido de la herencia: algunas precisiones sobre los derechos transmisibles *mortis causa*», *AC*, febrero, 2015, *in totum*; María José Sánchez Morón, «La transmisibilidad «mortis causa» de los bienes digitales» en Johann Kindl / Tatiana Arroyo Vendrell / Beate Gsell (eds.), *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Nomos Verlag, Bden-Baden, 2018, pp. 145-146.

[2] A bienes, derechos y obligaciones como elementos que conforman la herencia se refiere el art. 411-1 CCCat (=Código civil de Cataluña) al referirse a la universalidad de la sucesión mortis causa, art. 322-1 Código foral de Aragón o el art. 17.1 Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil del País Vasco.

[3] Süß (Dir.), *Erbrecht in Europa*, 3ª. edic., Zerb Verlag, 2016, *in totum*.

cuentas personales en redes sociales) o que participan de ambos, al ser creados en el mundo digital pero las prestaciones o algunas de ellas se cumplen en el mundo físico o real (*v. gr.,* la celebración de contratos mediante plataformas online en la economía colaborativa).

En la actualidad, el 93 % de la población en España está conectada a internet y pasa, como promedio, 5.5 horas diarias en la red[4]. En casi ese mismo porcentaje (92%) se da la presencia de los españoles en las redes sociales, a las cuales se conectan preferentemente mediante su teléfono móvil[5]. Este «comportamiento digital», que comprende desde la celebración de contratos electrónicos hasta el uso de chats en redes sociales, pasando por las más variadas actividades que se pueden llevar a cabo usando internet, implica la constitución de relaciones jurídicas que, salvo que se extingan con la muerte del usuario titular, formarán parte del contenido de la herencia colocándose su heredero en la posición activa o pasiva que ostentara el causante. Podemos pues afirmar que, hoy en día, una parte del contenido de la herencia de una persona fallecida es «contenido digital».

Antes de seguir, no obstante, debe ponerse de manifiesto que la expresión «contenido digital» al que nos referimos en este trabajo tiene un sentido diferente al acogido por 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 de contenidos y servicios digitales [6]. En efecto, se lo define, en el art. 2 apartado núm. 1, como «*datos producidos y suministrados en formato digital*» que pueden ser objeto de la prestación de diferentes contratos[7]. En cambio, por «contenido digital» de la herencia[8] nos referimos al conjunto de bienes, derechos y obligaciones, esto es, de relaciones jurídicas del causante derivadas de su comportamiento online en vida[9]. Estas relaciones jurídicas forman parte

[4] Los datos pueden consultarse en el Informe «Digital 2019» que llevó a cabo Hootsuite y We are social, plataformas que analizan el uso de la red (https://wearesocial.com/es/digital-2019-espana. Fecha de la consulta: diciembre 2019).

[5] *Vid.* el estudio de IAB España para el 2019 en: https://iabspain.es/wp-content/uploads/estudio-anual-redes-sociales-iab-spain-2019_vreducida.pdf. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

[6] DOUE L 136/1 de 22.05.2019. En cambio, aplica este concepto al caso que tratamos, Mª. Esperança Ginebra Molins, «Morir en la era digital «voluntades digitales», intimidad y protección de datos personales», en Agustín Madrid Parra (dir.), Mª. Jesús Blanco Sánchez (coord.), *Derecho mercantil y tecnología*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 116.

[7] Idéntica definición se contempla en el art. 2 núm. 6 de la Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE), núm. 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (DOUE L 136/28, de 22.05.2019).

[8] También llamada de forma descriptiva, aunque no correcta desde un punto de vista jurídico, «herencia digital» como se hace en la doctrina alemana («digitaler Nachlass»). *Vid.*, entre otros, Christine Budzikiewicz, «Digitaler Nachlass», *AcP*, 218, 2018, pp. 558-593. Critico con el término y con razón, vid. Luis Fernández-Bravo Francés, «La herencia digital», *Escritura pública*, septiembre-octubre 2016, p. 23-24; Vanessa García Herrera, «La disposición sucesoria del patrimonio digital», La Ley 9284/2017; Mª. Esperança Ginebra Molins, «Morir en la era digital», p. 117.

[9] Preuß, «*Es handelt sich also um einen Sammelbegriff, der im weitesten Sinne neben der Hardware und Software – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – insbesondere auch gespeicherte Daten (incl. Cloud-Daten), Vertragsbeziehungen mit dem Gegenstand der Telekommunikation, Vertragsbeziehungen zu Internetanbietern, Zugangsberechtigungen, E-Mail-Accounts etc, Mitgliedschaften in sozialen Netzwerken sowie Benutzerprofile im Netz oder Ähnliches umfasst)*» (BeckOGK/Preuß BGB § 1922 Rn. 390; S. Gloser, «Digitale Erblasser» und «digitale Vorsorgefälle» –

de la herencia —patrimonio único— en el que, si se quiere, de forma gráfica, se puede distinguir *grosso modo* un doble contenido: uno «digital» y otro «analógico»[10]. En ambos la sucesión *mortis causa* opera de la misma manera. No existe diferencia. El hecho de que intervenga un prestador de servicios de la sociedad de la información no cambia el modo en que opera la sucesión *mortis causa*. Ni las condiciones generales de uso de los servicios online, que éste ofrece, pueden modificar o impedir que el fenómeno sucesorio opere con absoluta normalidad y se apliquen las normas que lo rigen[11].

Este planteamiento es el que hace el BGH en la sentencia de 12 de julio de 2018[12], verdadero *leading case* en Europa, en esta materia, en relación con el derecho que tienen los herederos a acceder a una cuenta personal de su causante en una red social, en este caso, en Facebook. El supuesto de hecho fue el siguiente: tras el suicidio de una menor de 15 años, sus aturdidos padres que no entienden porqué su hija llevó a cabo tal terrible acto, quieren acceder a su cuenta personal de Facebook para ver si pueden hallar los motivos que expliquen que se quitara la vida. Puesto que la madre disponía de las claves de dicha cuenta, intentó acceder al contenido de la cuenta sin éxito. Facebook que había tenido noticia del fallecimiento de la titular de la cuenta por los comentarios vertidos en la red social por uno de los «amigos» de la menor, «cierra» la cuenta, lo que impide el acceso de terceros a dicho contenido. Los padres consideran que, como herederos, tienen derecho a acceder al mismo y, consiguientemente, demandan a Facebook para que les permita el acceso. A diferencia de en primera instancia (LG Berlin), en segunda instancia (KG Berlin) se da la razón a la demandada sobre la base de diferentes argumentos entre los que destacan, por lo que a nuestra exposición se refiere, la protección de los datos personales de la fallecida y de sus «amigos virtuales» y el secreto de las comunicaciones. Finalmente, el BGH, aplicando el Derecho de sucesiones, da la razón a los demandantes, padres de la menor, pues, en cuanto herederos, subentran en todas las posiciones jurídicas de su causante y es evidente que la cuenta personal en Facebook no es más que una relación jurídica entre el titular de la cuenta y la plataforma tecnológica, cuyo objeto puede tener no solo valor personal sino también un valor patrimonial. Así, equiparando lo que sucede en el mundo físico al mundo digital, considera que el contenido vertido en la cuenta personal en Facebook (o, en cualquier otra) forma parte de la herencia de la menor y los herederos, sus padres, tienen que poder acceder al mismo[13].

Herausforderungen der Online-Welt in der notariellen Praxis – Teil I, *MittBayNot* 2016, p 12

[10] Mario Martini, «Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet», *JZ*, diciembre, 2012, pp. 1145-1155.

[11] Debemos remitirnos al apartado II de este trabajo. Categóricamente en este sentido lo afirma, en UK, la Law Commission, en su informe acerca de la reforma del Derecho de sucesiones, «Making a Will», 13.07.2017-10.11.2017, Consultation Paper núm. 231, Crown, 2017, online: www.lawcon.gov.uk. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

[12] BGH 12.7.2018, III ZR 183/17. Se plantea aquí la cuestión de si el BGH debería haber planteado la cuestión prejudicial al TJUE ya que afecta al Reglamento General de Protección de Datos (Lucas Wüsthof, «Germany's Supreme Court Rules in Favour of Digital Inheritance», *EuCML* 2018, p. 208).

[13] Un comentario de esta sentencia, desde el punto de vista del Derecho español, puede verse en Susana Navas Navarro, «Digital content of the inheritance. Remarks on the judgment of the German

2. Comportamiento digital del causante y contenido de la herencia

Si entramos, con un poco más de detalle, en el contenido digital que forma parte de la herencia —que es un único patrimonio— de una persona fallecida, observamos, como no podía ser de otra manera, que nos estamos refiriendo a diversas relaciones jurídicas que se pueden sistematizar como exponemos a continuación[14].

En primer lugar, aparece el uso de *redes sociales*[15], para el cual deben aceptarse unas condiciones o términos de uso, que conforman el contenido o parte del contenido de una relación jurídica entre el usuario y el titular de la red, dimanante de un contrato atípico que presenta elementos del contrato de servicio, de obra, depósito e, incluso, de arrendamiento de cosa si se contemplan los diferentes servicios que la red social ofrece[16]. Las redes sociales permiten que sus usuarios creen «perfiles» que, en el caso de famosos o de las conocidas o los conocidos *influencers* tienen una relevancia en términos económicos nada despreciable.

En segundo lugar, deben mencionarse las *cuentas e-mail*[17] cuyo uso se origina por la celebración de un contrato con el proveedor de este servicio de la sociedad de la información para la transmisión y el almacenamiento de mensajes, lo que permitiría calificar al contrato como de contrato atípico con elementos del contrato de servicio y del arrendamiento.

En tercer lugar, pueden haberse creado *cuentas para juegos online* en las que, además, de licenciar el software correspondiente, se celebra un contrato de uso de la cuenta de juego con la plataforma tecnológica correspondiente que permite el acceso a todo un mundo completamente virtual en el que, incluso, se pueden comprar y vender bienes con dinero virtual propio del juego de que se trate[18]. Se trata de un contrato atípico que participa, de nuevo, del contrato de servicios, obra y arrendamiento de bienes.

En cuarto lugar, podemos destacar las *cuentas para usar contenido online* como

Federal Court of Justice (BGH) of 12 July 2018 from the standpoint of Spanish Law», *ERPL*, 2019, issue nr. 5.

[14] Seguimos en la exposición a Antonia Kutscher, *Der digitale Nachlass*, V & R unipress, Göttingen, 2015, 45 ss. Asimismo, vid. sobre ello: Gerald Spindler, «II. Rechtliche Rahmenbedingungen für Internet-Provider» en Gerlad Spindler (eds.), *Vertragsrecht der Internet-Provider*, 2ª. edic., Verlag Dt. Otto Schmidt KG, Köln, 2004, pp. 6 ss.; Merle Bock, «Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses», *AcP* 217, 2017, pp. 377-378; Christine Budzikiewicz, «Digitaler Nachlass», pp. 568-569. Considera que lo que se denomina «herencia digital» es un conglomerado de relaciones jurídicas que no pueden recibir una solución única, Anna Berlee, «Digital Inheritance in The Netherlands», *EuCML* 2017, pp. 256-260.

Téngase presente que la Directiva (UE) 2019/770 no afecta a la naturaleza jurídica de los contratos de los que emanan estas relaciones jurídicas como evidencia su considerando núm. 12: «*La presente Directiva tampoco debe determinar la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, y la cuestión de si tales contratos constituyen, por ejemplo, un contrato de compraventa, de servicios, de alquiler o un contrato atípico, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional*».

[15] Facebook, Whatsapp, Instagram, Twitter y Youtube son las redes sociales más manejadas por los españoles (vid. el estudio de IBAN España para el 2019 en: https://iabspain.es/wp-content/uploads/estudio-anual-redes-sociales-iab-spain-2019_vreducida.pdf. Fecha de la consulta: diciembre 2019).

[16] Una tipología de las redes sociales puede consultarse en Paula Ortiz López, «Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal» en Artemi Rallo Lombarte / Ricard Martínez Martínez (eds.), *Derecho y redes sociales*, 2ª edic., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 22-25; Albert Agustinoy Guilayn / Jorge Monclús Ruiz, *Aspectos legales de las redes sociales*, Bosch, Barcelona, 2016, pp. 19-23.

[17] Gmail, Yahoo!, Hotmail, Outlook.

[18] Es el caso del conocido juego Second Life.

pueden ser los e-books[19], audio o video bajo demanda, en *streaming*[20], creación de listas de música[21]. Si el usuario se puede descargar ese contenido y almacenarlo temporal o permanentemente en su terminal, entonces, se habrá celebrado un contrato de compraventa o de suministro de contenido digital con la licencia de uso correspondiente respecto de los derechos sobre ese contenido y consiguiente agotamiento del derecho de distribución. En el caso de que no exista descarga, porque se disfruta de ese contenido exclusivamente en línea, se habrá celebrado un contrato atípico que, como en el caso anterior, contiene elementos del contrato de servicios, obra y arrendamiento de cosa.

En quinto lugar, aparecen los contratos que nos ofrecen servicios de almacenamiento de datos en la nube (*cloud computing*)[22] que suelen calificarse como contratos atípicos donde se entrevén elementos del contrato de servicios, de obra y de arrendamiento de cosa.

En sexto lugar, debe citarse el uso de las *plataformas de la economía colaborativa*, las cuales pueden intervenir como puros intermediarios[23], que ponen en contacto a las partes contractuales, lo que las asemeja al «agente». Sea lo que fuere, lo cierto es que los usuarios celebran un contrato, con el titular de la plataforma para su uso, que puede ser calificado, como en los supuestos anteriores, de contrato atípico. Asimismo, las plataformas pueden determinar los elementos esenciales del contrato, como puede ser el precio del servicio o de la cosa, en cuyo caso, se convierten en parte contractual[24], por lo que el contrato celebrado se corresponderá con aquel que refleje el interés de las partes como puede ser, por ejemplo, el contrato de transporte, un contrato de servicios o un contrato atípico. De todos modos, para poder usar la plataforma y contratar los servicios debe procederse, en este segundo supuesto, a registrarse, es decir, a abrir una cuenta de usuario, que supone el nacimiento de una relación jurídica de uso de esa plataforma que debe ser considerada dimanante de un contrato atípico.

En séptimo lugar, deben ponerse de relieve los diversos *foros, blogs y chats* en los que el causante haya solido participar en vida mediante el conveniente registro en el sitio web de que se trate o haya creado él mismo. De nuevo, nos hallamos ante un contrato de uso que participa de los caracteres del contrato de servicio y de obra.

En octavo lugar, podemos contar aquellas relaciones jurídicas que se han constituido electrónicamente, pero cuya prestación se cumple en el mundo *off line*

[19] Como el Kindle de Amazon, BQ de FNAC, Tagus de Casa del Libro, Kobo Aura One.

[20] El más usado es Youtube. Pero deben citarse Netflix, HBO, Movistar+ y la plataforma que ha lanzado en 2019 Apple, la Apple TV+.

[21] Las de referencia son Spotify y iTunes.

[22] En la actualidad todas las plataformas tecnológicas ofrecen servicios de cloud computing, si bien las más empleadas son las de Google, Amazon y Microsoft («Cloud Computing en España 2019», https://www.quintgroup.com/es-es/insights/informe-cloud-computing-espana-2019/. Fecha de consulta: diciembre 2019).

[23] Airbnb, eBay, Wallapop, Cabify, Blablacar.

[24] Como ha dejado claro el TJUE en el caso de la Asociación profesional Elite Taxi v. Uber (C-434/15) [Philipp Hacker, «UberPop, UberBlack, and the Regulation of Digital Platforms after the *Asociación Profesional Elite Taxi* Judgment of the CJEU», [2018] ERCL 14(1): 80-96]; Alberto De Franceschi, «Uber *Spain* and the 'Identity Crisis' of Online Platforms» [2018], *EuCML* No. 1, 1-4; Marie Jull Sørensen, «Private Law Perspectives on Platform Services. Uber —a business model in search of a new contractual legal frame?» [2016] *EuCML* No. 1, 15-19.

como es el caso de las *tiendas online*[25]. En estos casos, se trata de la celebración de un contrato de compraventa que, en no pocos casos, queda comprendido en un contrato marco que rige el contenido de los particulares contratos que se celebran a su amparo[26]. En la mayoría de estos casos, el usuario debe previamente registrarse creando una cuenta de usuario que permite acudir a la tienda online para adquirir bienes físicos. De nuevo tenemos, un contrato de uso atípico.

Finalmente, debemos mencionar la *banca online* y los *sistemas de pago virtuales*[27]. En el primer caso, nos podemos encontrar básicamente con dos situaciones: primera, que empleemos la plataforma tecnológica de la banca física para ejecutar toda una serie de servicios que, con anterioridad, se ejecutaban en la oficina; plataforma a la cual accedemos previa creación de una cuenta cuyo usuario es creado por el ente gestor de la plataforma al tratarse de un mercado electrónico cerrado; segunda, que la entidad financiera, con la que entremos en contacto, carezca de oficina física porque el entero modelo de negocio se lleva a cabo en el mundo digital. En este segundo supuesto, esto es, en el sistema de pago virtual, también se trata de un mercado electrónico cerrado al cual se accede mediante la creación de una cuenta y un usuario por parte del ente gestor del mismo que suele ser la propia entidad financiera, una sociedad de su pertenencia o en la que participa. En ambos supuestos (banca online y sistema de pago virtual), puede existir a su vez, un contrato marco que determina las condiciones de los contratos particulares que se celebren por el usuario. Hay que tener presente que los servicios bancarios pueden ser considerados servicios de pago quedando sometidos a la regulación correspondiente que, como se conoce, está configurada esencialmente por el Real Decreto-Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera[28].

En definitiva, en el entramado de relaciones jurídicas, que constituimos por mor de nuestro comportamiento digital, podemos diferenciar claramente dos grandes grupos: primero, el que se corresponde con relaciones jurídicas dimanantes de los contratos de uso de los diferentes sitios web que nos permiten acceder al sitio y a los diferentes servicios que nos ofrece y, segundo, el que se corresponde con las relaciones jurídicas creadas con la celebración de contratos con otros usuarios o con el titular del propio sitio web gracias a haber celebrado previamente el contrato de uso del mismo. En algunos casos, ese contrato de uso es, a su vez, un contrato marco que establece las reglas que van a regir los contratos particulares; en otros casos, se trata de contratos independientes con sus propias cláusulas, si bien, en ambos casos, la celebración de uno (el de uso del sitio web) es presupuesto de existencia del otro (el de servicio, compraventa, suministro, etc…), salvo en la hipótesis en que los usuarios que han entrado en tratos inicialmente de forma *online*, prosigan con los mismos o con la celebración y ejecución del contrato de modo *off line*[29].

[25] Amazon, eBay, Zalando, Wallapop.

[26] Como es el caso, a modo de ejemplo, de Google y Amazon.

[27] Paypal, WiZink, jupay, Twyp.

[28] BOE núm. 284, de 24 de noviembre.

[29] Sería el caso típico de Wallapop o de los portales inmobiliarios.

3. Bienes digitales

Todo este conjunto de relaciones jurídicas se comprende en lo que hemos denominado contenido digital de la herencia de una persona fallecida. Además, debe tenerse presente que, en el seno de las mismas, se pueden, en su caso, suministrar datos que pueden llegar a plasmarse en un soporte físico o tan solo existir digitalmente[30]. Estos datos podrán recibir la denominación de «bienes digitales», terminología acogida por la *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* – RUFADAA[31] (*digital assets*)[32].

Podrían establecerse cuatro categorías de «bienes digitales»[33]: los bienes digitales personales, los bienes digitales sociales, los bienes digitales financieros y los bienes digitales empresariales. Los primeros son aquellos que se encuentran almacenados en el ordenador del causante, en el smartphone, en un stick USB u otro bien físico o almacenados en la nube y que pueden incluir fotografías, videos, documentos (*v. gr.,* facturas electrónicas, documentación contractual determinada, datos médicos) o listas de música. Los segundos comprenden los comentarios, conversaciones, opiniones que se han vertido en redes sociales (*v. gr.,* Twitter, Facebook) o mediante correos electrónicos. De los bienes digitales financieros forman parte el dinero virtual (*v. gr.,* bitcoins) así como los apuntes contables de diversas operaciones en el mercado de valores o de las cuentas bancarias u otros sistemas de pago que se posean. Respecto de los bienes digitales empresariales se trataría de todo aquel contenido (*v. gr.,* mensajes, facturas electrónicas, cuentas de clientes, listas de direcciones electrónicas, etc.) relacionado con el giro y tráfico de una empresa.

En la práctica, los cuatro tipos de bienes digitales, así como las relaciones jurídicas a las que dan origen, pueden estar integrados gracias a plataformas tecnológicas que nos ofrecen los más variados servicios. Así, por ejemplo, la plataforma de Google ofrece el Gmail que puede ser tanto para uso privado como profesional, el Google Drive para almacenar fotos, videos u otros datos, el Google+ como red social y el Google Wallet como sistema de pagos.

Todos estos bienes digitales que forma parte de la herencia comprende tanto elementos personales como patrimoniales que, desde la perspectiva de la legislación protectora de los datos personales, podrían ser considerados «datos de carácter personal», pero cuyo tratamiento se excluye de su ámbito de aplicación (Preámbulo V LOPD), sin perjuicio de que se permita que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o sus herederos puedan solicitar el acceso a los datos, su rectificación o supresión, en su caso, con arreglo a las

[30] Gran parte de este contenido digital propiamente dicho se corresponde con el «contenido digital» definido en la Directiva (UE) 2019/770.

[31] Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act, RUFADAA, 2015, online: http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets%20Act,%20Revised%20(2015), fecha de consulta: julio 2019.

[32] Como definición de los «digital assets» podemos acoger la siguiente: «*Broadly defined, digital assets are anything someone owns in a digital file stored either on a device or elsewhere via contract with the owner (including everything online, or in the cloud)*» (Jenny Lee, «Death and Lives Feeds: Privacy Protection in Fiduciary Access to Digital Assets», *Columbia Business Law Review*, 2015, No. 2:643, p 649; A. F. Watkins, «Digital Properties and Death: What Will your Heirs Have Access to After You Die?», *Buffalo Law Review*, 2014, Vol. 62, pp. 194-213).

[33] Seguimos, en este extremo, a J. Lee, «Death and Lives Feeds», pp. 649-651.

instrucciones del causante[34]. Las cuestiones sucesorias al respecto serán vistas en el apartado III de este trabajo.

4. Conclusión

A efectos del contenido del caudal relicto, podemos diferenciar dentro de su contenido digital tres categorías: la primera, las relaciones jurídicas nacidas al amparo del contrato de uso[35] que se celebra con el titular del sitio web o plataforma tecnológica de que se trate; a segunda, las singulares relaciones jurídicas que nazcan sobre la base de los contratos que se celebren en uso de ese sitio web o plataforma, algunas de las cuales, se desenvuelven en el mundo físico, aunque hayan nacido en el digital; la tercera, los bienes digitales, algunos de los cuales pueden existir también físicamente. En suma, las tres categorías se comprenden en la expresión «los bienes, derechos y obligaciones» (art. 659 CC) que forman parte de la herencia y, por tanto, transmisibles al heredero, salvo que alguno de ellos se haya configurado por la ley o por las partes como intransmisible (art. 1112 CC). En este punto, pues, debemos centrarnos en las condiciones o términos de uso de los sitios web, que permiten que se acceda a toda una panoplia de prestaciones incluida la posibilidad de celebrar contratos con terceros o con el propio titular del sitio web o plataforma tecnológica. A esta cuestión dedicamos el apartado siguiente.

[34] En el Dictamen 4/2007 del Grupo de Trabajo del artículo 29, sobre el *concepto de datos personales*, se consideraba que los datos de las personas fallecidas podían recibir protección de forma indirecta (01248/07/ES, WP 136).

[35] El BGH lo califica de contrato de uso (*Nutzungsvertrag*) en la sentencia sobre Facebook citada.

II. Las condiciones de uso de los sitios web o plataformas tecnológicas en caso de fallecimiento del usuario

El principio de equivalencia funcional puede y debe aplicarse en esta materia (1.). Asimismo, las condiciones de uso de los sitios web relacionadas con la extinción o no de la relación jurídica (2.) y del cierre de la cuenta personal (3.) deben analizarse. Como no puede ser de otra manera, presentaremos nuestras conclusiones a este apartado (4.).

1. Aplicación del principio de equivalencia funcional

El acceso al uso de los diferentes sitios web o plataformas tecnológicas se organiza sobre la base, como es por todos conocido, de establecer un «usuario» y una «contraseña», ya sea que la plataforma, al tratarse de un mercado electrónico cerrado, nos asigne el «usuario» y nosotros escojamos la «contraseña» o bien, ambos sean establecidos por el propio usuario, en cuyo caso, estaremos ante un mercado electrónico abierto. Esta forma de acceso, por ejemplo, a la cuenta personal o al correo electrónico, es equiparable a la existencia, en el mundo físico o analógico, de una llave que nos permite acceder al local en el que se desarrolla una relación jurídica entre diversos sujetos como podría ser, por ejemplo, el acceso a una oficina, a un espacio coworking o a una caja de seguridad en una entidad bancaria. En estos casos, la naturaleza de la relación jurídica no cambia por el hecho de tener un acceso determinado o restringido al lugar de cumplimiento de la obligación. Por eso, consideramos que, en aplicación del principio de equivalencia fun-

cional[36], debe entenderse que, el acceso a una cuenta personal, correo electrónico o a un terminal mediante el usuario y la contraseña, no cambia la naturaleza jurídica de la obligación que nace entre el usuario y el titular del sitio web o plataforma tecnológica. Se trata de relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial transmisibles a los herederos, salvo que por voluntad de las partes se haya establecido lo contrario.

En este momento, debemos centrarnos en las condiciones de uso de los diferentes contratos celebrados teniendo en cuenta, primero, que se trata de condicionados generales y, segundo, que el usuario puede revestir la doble cualidad de «consumidor» o de «empresario». Así, se trata de ver si, mediante el empleo de condiciones generales, se puede limitar la transmisión *mortis causa* de derechos y obligaciones o son condiciones que no pasarían los controles correspondientes e, incluso, llegado el caso, pudieran declararse cláusulas nulas por abusivas.

El estudio que pretendemos hacer de esta temática va a partir de los diferentes tipos de cláusulas que, a este respecto, se encuentran en los diferentes sitios web que constituyen redes sociales, en los que el causante hubiera podido tener una cuenta personal.

2. Cláusulas acerca de la extinción de la relación jurídica debido al fallecimiento del usuario. Su validez a la luz de la legislación sobre condiciones generales y cláusulas abusivas

Yahoo! establece la siguiente cláusula (3.a) en relación con el tema que nos ocupa:

> «*Excepto las de AOL, el resto de las cuentas de Oath son intransferibles, por lo que, tras el fallecimiento del titular, se pierden todos los derechos que se tengan sobre ellas*»[37].

eBay considera que, sin su consentimiento, el usuario no puede:

> «*Transferir tu cuenta de eBay (incluidos los votos) y tu seudónimo a un tercero sin nuestro consentimiento*»[38].

Facebook indica lo que sigue:

> «*No transferirás ninguno de tus derechos u obligaciones en virtud de estas Condiciones a ningún tercero sin nuestro consentimiento*» (cláusula 5.4)[39].

Finalmente, tanto en el sitio Spotify (cláusula 8 «pautas para el usuario»[40]) como en el de LinkedIn (cláusula 2.2 «Tu cuenta»[41]) se prohíbe que el usuario transfiera sus derechos a terceros.

De todos estos ejemplos, como de cualquier otro similar que pudiera encontrar el lector, se desprende, a nuestro

[36] Este principio tiene su origen en la legislación sobre firma electrónica (Sandra Camacho Clavijo, «*Documentos y firma electrónica*» en Susana Navas Navarro / Sandra Camacho Clavijo, *Mercado Digital. Principios y reglas jurídicas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p 214). Sin embargo, puede revestir aplicación de carácter general en el mercado digital.

[37] https://policies.oath.com/ie/es/oath/terms/otos/index.html. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

[38] https://www.ebay.es/pages/help/policies/user-agreement.html. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

[39] https://es-es.facebook.com/legal/terms. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

[40] https://www.spotify.com/es/legal/end-user-agreement/#s8. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

[41] https://www.linkedin.com/legal/user-agreement?_l=es_ES. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

entender, que, en primer lugar, se prohíbe con alcance general la transmisión de la cuenta, esto es, de la relación jurídica que nace del contrato de uso celebrado, y esa intransmisibilidad se pretende que sea tanto *inter vivos* como *mortis causa*. En segundo lugar, debe ponerse de relieve que la no transmisión de la relación jurídica se plasma en unas condiciones generales y podemos encontrar una doble variante: primera, aquellas que la prohíben sin más (como es el caso de Yahoo!) y, segunda, aquellas que la prohíben, salvo que se cuente con el consentimiento del titular del sitio web o de la plataforma tecnológica de que se trate (como es el caso de Facebook) favorable a la transmisión.

En relación con la primera variante, la no transmisión de la relación jurídica puede entenderse como válida al amparo de lo establecido en el art. 1112 CC, según el cual, como se sabe, cabe pacto de las partes que determine la no transmisión de derechos, por lo que, a la muerte de la persona, se extinguiría la relación jurídica en cuestión. Esta cláusula no parece presentar especiales problemas en lo que se refiere al control de incorporación, siempre que esté redactada de forma transparente (clara, sencilla, inteligible), ni de contenido. En principio, tampoco puede considerarse como cláusula abusiva[42]. No nos parece que esta cláusula de no transmisión deba interpretarse, como en algún caso se ha hecho[43], como la concesión de una facultad unilateral a favor del prestador de servicios de poner fin a la relación jurídica; interpretación que, en realidad, persigue que se declare la cláusula abusiva. No consideramos que sea éste el caso.

Respecto de la segunda variante, donde la transmisibilidad o no de la relación jurídica depende del consentimiento (*rectius*, asentimiento) del prestador del servicio, a nuestro modo de ver, debe entenderse que el supuesto abarca exclusivamente a la transmisión *inter vivos*, en la que, al tratarse de la cesión de una posición contractual se requiere del consentimiento del acreedor (art. 1205 CC).

En cambio, respecto de la transmisión *mortis causa* de la relación jurídica, consideramos que ésta no puede depender de la atribución de una facultad unilateral a la parte predisponente del condicionado, de suerte que ésta decida si las relaciones jurídicas derivadas del uso del sitio web o plataforma tecnológica son transmisibles o no a los herederos. En este sentido, cuando el titular de las mismas es un usuario al que podemos calificar de consumidor debería entenderse que la cláusula es abusiva y, por tanto, nula (art. 85 TRLGDCU[44]). Esto aboca a que la relación jurídica derivada del contrato de uso que tratamos sea transmisible *mortis causa* a los herederos, de manera que, si el causante no desea que éstos tomen conocimiento de determinado contenido, debe bien actuar en vida eliminándolo o solicitando del prestador del servicio su eliminación, bien dando instrucciones a una persona para que, después de su

[42] Partimos de la premisa de que el usuario tiene su residencia habitual en España, por lo que, de acuerdo con los arts. 6.1 y 6.2 del Reglamento de Roma I (DOUE L 177/6, del 4 de julio de 2008) y con los arts. 2 y 3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (BOE núm. 166, 12 de julio de 2002), es de aplicación el Derecho español.

[43] Así, en la doctrina alemana, Antonia Kutscher, *Der digitale Nachlass*, pp. 123-124.

[44] 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 (BOE núm. 287, del 30 de noviembre). Abreviada como «TRLGDCU».

muerte, «administre» dicho contenido y, en su caso, inste su supresión (art. 96 Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales[45], art. 411-10 CCCat). En este segundo caso, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que esas instrucciones, al tratarse de una declaración de última voluntad, deberán contenerse en un negocio jurídico *mortis causa* y, en segundo lugar, que ese encargo debe cohonestarse, desde la perspectiva legal, con el derecho del heredero a tener acceso al contenido digital que forma parte de la herencia, lo que no debe verse impedido por el encargo realizado por el causante[46]. En caso contrario, la persona que ha recibido el encargo podría verse expuesta a acciones de responsabilidad civil por el posible daño económico o moral que la eliminación del contenido pudiera ocasionar a la herencia o al heredero.

3. Cláusulas relacionadas con el «cierre» de la cuenta personal cuando el usuario ha fallecido. Su consideración a la luz de la legislación sobre condiciones generales y cláusulas abusivas

Se encuentran dos tipos de cláusulas: aquellas que tienen que ver con la petición de «cierre» de una cuenta de una persona fallecida y aquellas otras que se refieren a la solicitud de acceso al contenido de una cuenta personal que ha sido cerrada al conocer el hecho de la muerte de su titular. Por otro lado, el «cierre» de una cuenta no es sinónimo de «cancelación de los datos». El primero solo persigue evitar el acceso a un determinado contenido que sigue existiendo; mientras que el segundo supone la supresión de ese contenido para que no pueda ser accesible a nadie; para que pase al «olvido» y, más en concreto, deje de existir (art. 17 RGPD[47], art. 15 LOPD).

A) «Cierre» de una cuenta de usuario fallecido

En relación con las primeras, encontramos, a título de ejemplo, que Google manifiesta lo siguiente, en el apartado del sitio web que refiere como «ayuda»; no, en cambio, en el apartado relativo a explicitar las «condiciones de uso».

La «ayuda», en relación con la muerte de un usuario, es la que sigue:

> «***Hacer una solicitud relacionada con la cuenta de una persona fallecida.*** *Somos conscientes de que muchas personas llegan a fallecer sin dejar instrucciones claras sobre cómo administrar sus cuentas online. Si una persona fallece, podemos trabajar con sus familiares más cercanos y sus representantes para cerrar su cuenta en caso necesario. Además, es posible que proporcionemos contenido de la cuenta de dicha persona en determinadas circunstancias. En todo caso, nuestra responsabilidad principal es hacer que la información de nuestros usuarios esté segura, protegida y sea privada. No podemos proporcionar contraseñas ni otros datos de*

[45] BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018. Abreviada como «LOPD».

[46] Nos remitimos al apartado III de este trabajo para los aspectos de Derecho sucesorio.

[47] 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), 4-5-2016, L 119/1). Abreviado como «RGPD».

inicio de sesión. La decisión de aceptar una solicitud relacionada con la cuenta de un usuario fallecido se tomará tras revisarla minuciosamente»[48].

El hecho de que lo que, en realidad, son condiciones generales se encuentre en la sección «ayuda» y no en la de «condiciones de uso» y «política de privacidad» puede plantear dudas acerca de si tienen carácter vinculante[49], lo que en nuestra opinión es harto cuestionable. Más bien se trataría de condiciones generales no incorporadas al contrato, es decir, a las «condiciones de uso» (art. 5 LCGC[50]). Por otro lado, la información debe darse de forma completa y no fragmentada (art. 7 letra a LCGC) y, aquellos aspectos relacionados con datos personales deberían comprenderse en la «política de privacidad» del sitio web y no en la sección «ayuda». Tampoco existe remisión en las «condiciones de uso» a este apartado, lo que, de haber sido el caso, hubiera facilitado que se contemplaran como parte de ellas.

De todos modos, existe en estos sitios web una cláusula que establece que, cuando una cuenta personal, se encuentra inactiva durante un período de tiempo, se «cierra» de forma automática hasta que el usuario la vuelva a activar. Así, no sería, de hecho, absolutamente necesario, solicitar el cierre de la cuenta de forma expresa cuando el usuario ha fallecido, puesto que el prestador del servicio ya lo hará automáticamente cuando pase el plazo establecido.

Sirvan como ejemplo de este tipo de cláusulas las siguientes:

— En el caso de la red social Twitter se advierte: «*To keep your account active, be sure to log in and Tweet at least every 6 months. Accounts may be permanently removed due to prolonged inactivity*»[51].
— Google, por su parte, detecta la inactividad de una cuenta tras tres meses de ausencia de uso, tras lo cual se pone en contacto con el usuario por diferentes vías, para ver qué quiere hacer el usuario con la cuenta. Si el intento de contacto, durante un mes resulta infructuoso, procede a tomar las medidas oportunas, entre las cuales, se encuentra el cierre de la cuenta. En todo caso, el usuario puede indicar una persona a la que Google puede notificar la falta de actividad de la cuenta para que ésta decida lo que hacer con la misma[52].
— Dropbox manifiesta que: «Dropbox detecta las cuentas inactivas comprobando los inicios de sesión, los archivos compartidos y la actividad (añadir, editar o eliminar archivos) en *todas* nuestras plataformas (Dropbox o Paper) durante los últimos 12 meses. Si has iniciado sesión en alguna de nuestras plataformas, o ha habido actividad en ellas en algún momento durante los últimos 12 meses, tu cuenta se considera

[48] https://support.google.com/accounts/troubleshooter/6357590?hl=es. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

[49] Antonia Kutscher, *Der digitale Nachlass*, p. 121; Edina Harbinja, «Digital Inheritance in the UK», *EuCML*, 2017, p. 255; Bran Maeschaelck, «Digital Inheritance in Belgium», *EuCML*, 2018, p. 40.

[50] Ley 7/1998, de 7 de abril, de condiciones generales de la contratación (BOE núm. 89, de 14 de abril).

[51] https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/inactive-twitter-accounts. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

[52] https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=es. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

activa». Tras 12 meses sin actividad la cuenta se «cierra»[53].

— Oath yahoo explicita que: «A menos que se indique lo contrario para su región en la sección 14, podemos suspender o finalizar, temporal o permanentemente, su cuenta, o bien imponer límites o restricciones de acceso a una parte de los Servicios o a todos en cualquier momento, sin previo aviso y por cualquier motivo, como, entre otros, si se infringen estas Condiciones, si recibimos una orden judicial o *en caso de inactividad*»[54].

B) Acceso al contenido de una cuenta de un usuario fallecido

Respecto de aquellas cláusulas que tienen que ver con la solicitud de acceso a una cuenta «cerrada» (o no) cuando su usuario ha fallecido, algunos ejemplos son ilustrativos.

Outlook.com, perteneciente a Microsoft, y que comprende, entre otros, a Hotmail, Live o MSN, establece la necesidad de que se envíe una citación u orden judicial válida para poder acceder a una cuenta personal de un usuario fallecido. Solo tras un proceso de verificación es posible que se suministren los datos solicitados. Esta información acerca del «*proceso de pariente más cercano*» aparece recogida en la «*Microsoft community*» en respuesta a preguntas de algunos usuarios[55].

«*Gracias por ponerse en contacto con Microsoft. Entendemos que pueden ser momentos difíciles para quienes deseen acceder a la información de la cuenta de sus seres queridos, pero debido a motivos de privacidad y otros de carácter legal, no podemos proporcionar ningún dato sobre la cuenta de correo electrónico en cuestión. Nos tomamos muy en serio el respeto a la privacidad de nuestros clientes y nuestras obligaciones legales.*

Por lo tanto, es necesario que, en primer lugar, se dirija a Microsoft una citación u orden judicial válida para estudiar si, desde un punto de vista legal, puede revelar información de un usuario fallecido o incapacitado relativa a una cuenta de correo electrónico personal (se incluyen las cuentas de correo electrónico con direcciones que terminen en Outlook.com, Live.com, Hotmail.com y MSN.com). Microsoft responderá a las citaciones y órdenes judiciales no criminales dirigidas a un agente registrado de Microsoft en el estado o la región de la parte solicitante y no podrá responder a solicitudes al respecto enviadas por fax o por correo.

Cualquier decisión para proporcionar el contenido de una cuenta de correo electrónico personal se tomará únicamente tras una revisión y consideración minuciosas de la legislación aplicable. Tenga en cuenta que es posible que Microsoft no pueda proporcionar el contenido de la cuenta y que enviar una solicitud o proporcionar un citación u orden judicial no garantiza que podamos ayudarle».

Para solicitar el acceso al contenido de una cuenta titularidad de una persona fallecida, según Facebook, debe probarse que el solicitante es un familiar y obte-

[53] https://www.dropbox.com/es_ES/help/security/email-about-inactive-account. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

[54] https://policies.oath.com/ie/es/oath/terms/otos/index.html. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

[55] https://answers.microsoft.com/es-es/outlook_com/forum/all/microsoft-account-recuperar-cuenta-de-familiar/6fac68b6-bf23-483b-98b4-f28d85ffc156. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

nerse una orden judicial. En el «servicio de ayuda» se explica del siguiente modo[56]:

«*Una vez que una cuenta se convierte en conmemorativa, el contenido que compartió la persona (por ejemplo, fotos o publicaciones) permanece en Facebook y está visible para el público con el que se hubiese compartido.*

Rara vez tenemos en cuenta las solicitudes de más información o contenido de la cuenta. Tendrás que facilitarnos un documento que pruebe que eres un representante autorizado (por ejemplo, un familiar) y una orden judicial. Ten en cuenta que enviar una solicitud o rellenar la documentación necesaria no garantiza que podamos facilitarte el contenido de la cuenta de la persona fallecida. Además, convertiremos en conmemorativa la cuenta de la persona fallecida una vez que recibamos tu solicitud».

La primera cuestión que surge es similar a la vista en relación con las cláusulas del apartado anterior («cierre» de una cuenta de usuario fallecido). En efecto, se presentan como «ayuda» o «respuesta» a una pregunta, lo que son verdaderas condiciones generales que, sin embargo, no aparecen incorporadas a las «condiciones de uso» o a los «términos o información legal», según la etiqueta que aparece en el sitio web de que se trate. Por eso, según el art. 5 LCGC, al no formar parte del condicionado, no deberían ser vinculantes para el usuario del sitio web. De nuevo, tampoco existe remisión alguna en las «condiciones de uso» a esta información para entenderla incorporada a ellas[57].

En segundo lugar, en caso de fallecimiento del usuario, solo se permite el acceso al contenido de la cuenta tras la verificación de determinados extremos, como no podía ser de otra manera, o cuando se obtenga por el solicitante una orden judicial. El acceso o no al contenido de la cuenta personal es independiente de la transmisión o no de la relación jurídica que da lugar a ese acceso. Es decir, puede suceder que la relación jurídica se transmita *mortis causa* y, sin embargo, se cierre la cuenta. Por tanto, el cierre de la cuenta que llevan a cabo los prestadores de servicios de la sociedad de la información nada dice respecto a la transmisibilidad *mortis causa* de la relación jurídica subyacente.

A nuestro modo de ver, esta cláusula impone una carga tanto jurídica como económica al solicitante del contenido de la cuenta que no puede considerarse abusiva en la medida en que no afecta al usuario titular de la relación jurídica que lo une al prestador del servicio, sino al tercero que pretenda el acceso al contenido de la cuenta y que no es parte de la relación contractual. De todos modos, como esta carga no se ha incorporado a las «condiciones de uso» del sitio web, sino que aparece en la sección «ayuda», debe entenderse que no es vinculante para el heredero que subentre en la posición jurídica de su causante. Otra cuestión es respecto del tercero no heredero que pretenda acceder al contenido de la cuenta, salvo que haya recibido instrucciones del causante que permitan ese acceso, en cuyo caso no debería ser necesaria la orden o la citación judicial del prestador del servicio.

Desde la perspectiva del derecho de sucesiones, emergen aspectos problemáticos en relación con estas cláusulas que intentaremos desentrañar en el apartado III de este trabajo.

[56] https://es-es.facebook.com/help/1017717331640041/?helpref=hc_fnav. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

[57] En este mismo sentido, lo consideró el BGH en la sentencia de 12 de julio de 2018.

4. Conclusión

Podemos concluir que la única, a nuestro modo de ver, cláusula que podría pasar los diferentes controles legales, en orden a su validez, sería aquella que establece la no transmisión de la relación jurídica derivada del contrato de uso del sitio web. Las otras, ya sea que supediten la no transmisión *(mortis causa)* al consentimiento del predisponente o la necesidad de una citación u orden judicial para permitir el acceso al contenido en apartados que no forman parte de las condiciones de uso o términos legales, ni se remiten a ellas deben considerarse o bien nulas por abusivas (necesidad del consentimiento del prestador del servicio) o bien por no puestas (en caso de formar parte de las condiciones de uso).

III. Contenido digital de usuarios fallecidos. Algunas cuestiones de derecho sucesorio

En este apartado se presentan, a nuestro entender, las cuestiones más relevantes del encaje de la legislación de protección de datos personales con el Derecho de sucesiones. Tras la introducción al tema (1.), diferenciamos dos supuestos básicos: la existencia de instrucciones del causante (2.) y su ausencia (3.). Nuevamente, presentamos nuestras conclusiones (4.).

1. Introducción

El art. 1 RGPD, si bien sigue la estela de su antecesora la *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* (art. 1)[58] al determinar que la protección que se brinda concierne solo a las personas físicas vivas, permite a los Estados miembros que adopten las medidas que consideren oportunas acerca de la protección de los datos de las personas fallecidas[59]. De hecho, antes de que entrara en vigor el RGPD en mayo de 2018, algunos ordenamientos jurídicos ya establecieron previsiones al respecto. Dos destacan, en esta dirección, en primer lugar, la *ley francesa por una república digital* de 2016[60] que modifica la ley de protección de datos de carácter personal y, que en el art. 40-I. III, intenta resolver el destino de los datos personales para después de la muerte de su titular y, en segundo término, la *Ley catalana de voluntades digitales* de 27 de junio de 2017[61] que ha modificado el Libro IV CCCat, en materia de sucesiones, y que recuerda, en algunas de sus previsiones, a la ya citada RUFADAA.

Con posterioridad a la entrada en vigor del referido RGPD, debemos citar la *Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales* (arts. 3 y 96), que será objeto principal de este estudio. De todos modos, debe recordarse que ya el Reglamento 1720/2007[62], que desarrolló la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciem-

[58] DOCE L 281 de 23 de noviembre de 1995.

[59] El considerando núm. 27 del RGPD manifiesta que: «*El presente Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas. Los Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas*».

[60] *Loi pour une république numérique*, núm. 2016-1321, de 7 de octubre, JORF núm. 235, de 8.10.2016.

[61] DOGC núm. 7401, 29 de junio de 2017.

[62] 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 (BOE núm. 17, del 19 de enero de 2008). En adelante, «RPD».

bre, de protección de datos de carácter personal[63], establecía una norma, el art. 2.4, en relación con la facultad que ostentaban los familiares acerca de la cancelación de datos de una persona fallecida. En efecto, se establecía que: «*Este reglamento no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas. No obstante, las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, podrán dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de éste con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo, y solicitar, cuando hubiere lugar a ello, la cancelación de los datos*».

En fase de proyecto se encuentra la modificación de la ley de protección de datos en Suiza[64], cuyo art. 16, establece reglas particulares en torno al destino de los datos personales, para después de la muerte de su titular, concediendo derechos específicos a determinadas personas.

A todas estas normas haremos referencia en los apartados oportunos, distinguiendo si existen instrucciones dadas por el causante o no. Debe dejarse desde luego asentado que no pretendemos hacer un análisis exhaustivo de todas las posibles cuestiones de derecho sucesorio que pudieran surgir, habida cuenta de que será la práctica la que irá planteando retos cada vez mayores y más interesantes a los operadores jurídicos en relación con el contenido digital de la herencia. Nuestro interés es más modesto: solo pretendemos, a través de algunos (escogidos) extremos, dejar patente la falta de armonización entre los dos ámbitos del derecho que tratamos —el derecho de sucesiones y la legislación de protección de datos personales— y de la más que probable falta de comprensión, por parte del legislador, de cómo funciona el «mundo» digital.

2. Instrucciones dadas por el causante acerca del contenido digital de su herencia

El titular de una cuenta personal online puede, para después de su muerte, disponer lo que considere acerca de ésta: si permite que se acceda al contenido de la misma, si prefiere su cierre, que se cancele ese contenido, se utilice y cómo se utilice o a quién encarga que se cumpla su voluntad, entre otros aspectos. En definitiva, puede impartir las instrucciones que estime oportunas. Para el mejor estudio de estas cuestiones, vamos a referirnos al sujeto legitimado para cumplir las instrucciones del causante (A), al posible contenido de las mismas (B) y a la forma que deben revestir esas instrucciones (C).

No debe olvidarse que las actividades, que requiere el causante que se lleven a cabo con sus cuentas personales, deben ejecutarse por el responsable del tratamiento de sus datos que es el prestador del servicio de la sociedad de la información (art. 96.1 LOPD).

A) Sujeto legitimado para cumplir las instrucciones. Aspectos controvertidos desde la perspectiva del Derecho de sucesiones

El causante puede designar especialmente a una persona (física o jurídica) para que cumpla con las instrucciones dejadas acerca del destino de sus cuentas personales y/o el contenido de las mismas

[63] BOE núm. 298, de 14 de diciembre.

[64] Projet de loi fédérale sur la revisión totale de la loi fédérale sur la protection de données et sur la modification d'autres lois fédérales de 15 de septiembre de 2017. Se puede consultar online: https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2017/6803.pdf. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

(art. 96.1 b LOPD). Si no designó a persona alguna, pero dejó instrucciones, el sujeto legitimado para hacer que se cumplan es el heredero, el albacea o personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho (art. 96.1 a y b LOPD). En el caso de que el causante sea un menor de edad, también estarán legitimados sus representantes legales o el Ministerio fiscal (art. 96.1 c LOPD). Si el causante es discapacitado, los legitimados son, además de, en su caso, sus representantes legales o el Ministerio fiscal, aquellos que hubieran sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado (art. 96.1 d LOPD).

i) *Legitimación legal extraordinaria*

Si el causante no designa a la persona legitimada para cumplir sus instrucciones es la ley la que suple su voluntad permitiendo que determinados sujetos puedan exigir su cumplimiento. Se les atribuye por la ley una *legitimación extraordinaria*[65].

Hay que tener presente que el contenido de las cuentas (incluido en ese contenido los perfiles personales) puede ser tanto de índole personal como patrimonial. Debe recordarse, en este punto, la distinción, que hemos realizado en el apartado I de este trabajo, entre relación jurídica (la cuenta personal) y el contenido de la misma (bien digital). La relación jurídica será transmisible o no a los herederos en función de que se haya así acordado en las condiciones de uso del sitio web como advertimos en el apartado II. Pero, independientemente de que sea o no transmisible al heredero la relación jurídica, su «contenido», o sea, los bienes digitales, formará parte del caudal relicto. Y parte importante de esos bienes digitales, desde la perspectiva de la legislación protectora de datos personales, tiene la consideración de «dato de carácter personal».

Como datos de carácter personal, el titular (en nuestro caso, el causante) ostenta una serie de derechos que, como es sabido, son el derecho de acceso (art. 13 LOPD), de rectificación (art. 14 LOPD), de supresión (art. 15 LOPD), de limitación del tratamiento (art. 16 LOPD) y de portabilidad (art. 17 LOPD). Estos derechos solo pueden ser ejercidos por su titular y su representante legal o voluntario (art.12.1 LOPDC). Cuando fallece el titular, al tratarse de facultades personalísimas, se extinguen sin que puedan transmitirse a los herederos ni puedan ser, en principio, ejercitadas por nadie (art. 659 CC)[66].

El heredero, o en su caso el legatario o albacea, solo pueden acceder al contenido digital de la herencia, pero, para ello, no necesitan acceder a la cuenta, sino que se les facilite una copia de su contenido, lo que puede hacer el responsable del tratamiento (prestador del servicio de la sociedad de la información) con los medios técnicos de que disponga. Cuando el heredero, el legatario, el albacea, la persona especialmente designada por el causante o un familiar pueden solicitar el acceso a una cuenta, la cancelación o supresión de datos, su actualización o modificación o la oposición al tratamiento de los mismos, lo que está otorgando el legislador

[65] En relación con el art. 2.4 RPD, vid. Jesús Alberto Messía de la Cerda Ballesteros, «Personalidad y protección de datos: el supuesto de las personas fallecidas», *RCDI* núm. 710, 2008, pp. 2301-2309.

[66] *Vid.* el acertado Informe de la AEPD acerca de la aplicación de las normas de protección de datos a los datos de personas fallecidas (Informe 61/2008). Se puede consultar online: https://doctrina-administrativa.vlex.es/vid/724113117. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

es una *legitimación extraordinaria* a concretas personas para ejercitar facultades cuya titularidad no les corresponde.

El causante puede designar al encargado de hacer cumplir las instrucciones dejadas acerca del destino de sus cuentas personales online, el cual puede ser el *heredero* (o los herederos), el *legatario* (o los legatarios) o un *tercero*.

ii) *Heredero y legatario*

El art. 96 LOPD alude siempre al heredero olvidándose del legatario cuando perfectamente el objeto legado podría consistir total o parcialmente en determinado contenido online perteneciente al causante. Pese al olvido, debe entenderse comprendido en el precepto al legatario. En el caso de una comunidad hereditaria, deberán aplicarse las normas relativas a los actos de administración de la comunidad ordinaria (art. 398 CC).

Si el causante deja instrucciones sobre su contenido online, pero no determina qué personas deben cumplirlas, debería ser el heredero o, en su caso, el albacea los únicos legitimados para ordenar su cumplimiento, siempre que estas instrucciones fueran lícitas, cuestión ésta que abordaremos en el apartado relativo al contenido posible de tales instrucciones.

iii) *Tercero designado por el causante*

Si el encargado de cumplir las instrucciones del causante es un *tercero* (persona o institución) diferente del albacea testamentario, debe determinarse qué calificación merece ese tercero. Debe tenerse presente que ejecuta disposiciones de última voluntad que pueden contenerse en un testamento o en una memoria testamentaria. En el derecho catalán, también en un codicilo o en un documento de voluntades digitales (art. 411-10.3 CCCat). En nuestra opinión, ese tercero debe considerarse un «albacea particular», aunque así no haya sido denominado por el causante, puesto que debe cumplir un encargo relativo a la herencia (art. 429-12.1 CCCat, art. 894.1 CC). En esta dirección, existirá pues una pluralidad de albaceas. En relación con este tercero que ejecuta la voluntad digital del causante, debe tenerse presente que, dependiendo del contenido de esa voluntad, puede verse expuesto a acciones de responsabilidad civil por parte del heredero o, en su caso, del legatario si implica la supresión de contenido de la herencia o, en su caso, del legado, que pudiera ocasionarles un daño. En consecuencia, ese tercero debería abstenerse de ejecutar voluntades que, aunque vengan del causante, son contrarias al ordenamiento jurídico (art. 901 CC: «*…y no sean contrarias a las leyes*»). Esto es una muestra más de que el legislador, al regular la protección de datos de carácter personal, se olvida del Derecho de sucesiones.

En definitiva, el derecho del heredero o legatario a acceder a aquellos contenidos que forman parte de la herencia o del legado debe siempre prevalecer (arg. ex art. 96.1 a segundo inciso LOPD). La alternativa a ello es que el causante en vida elimine o suprima el contenido por él mismo o mediante su representante o solicite su supresión al prestador del servicio de la sociedad de la información.

Si el especialmente designado por el causante para cumplir sus instrucciones no acepta el encargo, lo que sería tanto como afirmar que no acepta el cargo de albacea particular que es voluntario (art. 429-4.1 CCCat, art. 898 CC), y no habiendo sustituto designado por el causante, ni otro albacea que asumiera el ejercicio de facultades y funciones de los otros cargos de albacea vacantes (art. 429-2.2 CCCat, art. 892 CC), correspon-

derá al heredero el cumplimiento de las mismas.

iv) *Personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho*

Las «*personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho*», a las que se refiere el art. 96.1 letra a LOPD, como podría ser el cónyuge, los descendientes, ascendientes o pareja estable, podrán dirigirse a los prestadores de servicios e impartir las instrucciones que consideren oportunas siempre que no se haya designado por el causante una persona que deba ejecutarlas.

La cuestión controvertida se plantea cuando el causante deja instrucciones, pero no determina quién deba ejecutarlas ni prohíbe expresamente que estas personas lo hagan (art. 96.1 a segundo inciso LOPD). Si nombró albacea universal, debería ser éste el legitimado para cumplir o hacer cumplir las instrucciones, teniendo en cuenta lo advertido con anterioridad, respecto a la ejecución de instrucciones que pudieran causar un daño a la herencia o a alguno de los legados ordenados. Si no se nombró, debe ser el heredero el que dé cumplimiento a las mismas en la medida en que no se vea perjudicado. En esta línea, las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho solo pueden actuar cuando no existan instrucciones o cuando el causante las ha designado de modo expreso como ejecutoras de las mismas. De hecho, así parece desprenderse del art. 96.1 a LOPD que faculta a estas personas para dirigirse a los prestadores de servicios para impartirles las instrucciones «*que estimen oportunas*» sobre supresión, utilización o destino del contenido online.

De todos modos, en ambos casos (no existan instrucciones o hayan sido designadas expresamente), no debe olvidarse que existe un heredero (testamentario o intestado). Resulta difícil de entender que existiendo éste, si el causante no ha dejado instrucciones, el legislador permita que cualquier familiar o persona vinculada de hecho con el causante pueda, al margen del heredero, tomar medidas acerca del destino del contenido online del causante inmiscuyéndose en la esfera hereditaria y, además, que pueda determinar el uso, destino o supresión de ese contenido. Todavía más sorprendente resulta que el legislador deje a salvo el derecho del heredero a acceder al contenido que forme parte de la herencia solo cuando se haya prohibido expresamente a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o al propio heredero acceder al contenido, solicitar su modificación o eliminación. Así, cuando no exista esa prohibición expresa, el derecho del heredero al acceso al contenido, que forma parte de su herencia, no quedaría a salvo, sino que se impondría la decisión tomada por la persona vinculada por razones familiares o de hecho al causante titular de ese contenido online. En nuestra opinión, el derecho del heredero a acceder al contenido de su herencia, sea éste online o no, debe prevalecer siempre. En caso contrario, los familiares o personas vinculadas de hecho podrían verse sujetas a acciones de responsabilidad civil por parte del heredero o, en su caso, del albacea. De nuevo, el legislador muestra su olvido (negligente, cabría calificarlo) del Derecho de sucesiones al regular la protección de datos personales de las personas fallecidas.

Además, las personas vinculadas por razones familiares pueden ser el cónyuge y otros parientes, pero al no determinarse el parentesco ni el grado dentro de éste, podría plantearse que un amigo del causante, un familiar por afinidad o un

pariente de cuarto grado por la línea colateral tomara medidas, que imparte a un prestador de servicios, acerca del contenido de su familiar causante[67]. En nuestra opinión, deberían restringirse las personas legitimadas por vínculos familiares a cónyuge, descendientes y ascendientes, extremo que debería haber dejado claro el legislador, como ha hecho el suizo en el art. 16.1 letra a del proyecto federal de ley de protección de datos personales. De otra parte, éstos pueden ser herederos del causante. Si lo son, ordenarán el cumplimiento de las instrucciones o adoptarán las medidas oportunas en cuanto herederos; no, en cuanto familiares. La persona vinculada de hecho con el causante debería ser exclusivamente su pareja o conviviente estable.

En definitiva, en nuestra opinión, la armonización entre el derecho de sucesiones y la legislación protectora de los datos personales debería haber aconsejado que los únicos sujetos legitimados, para tomar decisiones acerca del contenido digital de herencia, hubieran sido el heredero y el ejecutor testamentario. Nadie más.

B) Contenido de las instrucciones

A continuación, se exponen las cuestiones problemáticas que aparecen en torno al contenido de las posibles instrucciones dejadas por el causante usuario de internet (a) y su relación con las condiciones de uso de los sitios web (b).

a) Posibles instrucciones. Cuestiones problemáticas

Las instrucciones dejadas por el causante acerca de su contenido digital pueden ser de lo más variadas. El legislador, a título de ejemplo, hace referencia, en el art. 96.1 LOPD, a «utilización, destino o supresión» (letra a primer inciso), «modificación o eliminación» (letra a segundo inciso) y «acceso a los contenidos» (letra b) y, en el art. 96.2 LOPD, alude a «mantenimiento o eliminación de los perfiles personales». Por su parte, en el derecho catalán, se menciona tan solo la «cancelación de cuentas activas» y la «copia de los archivos digitales»; además, de comunicar la defunción del titular de las cuentas (art. 411-10 CCCat).

Si nos centramos en el art. 96 LOPD, aparte de la falta de rigor en la enumeración de las posibles instrucciones, debe tenerse presente que no deben perjudicar derechos de terceros, incluyendo en estos terceros al heredero, legatario o acreedores del causante o del heredero. Así, sucede, por ejemplo, si el causante decide la supresión o eliminación de parte del contenido digital provocando con ello que el heredero no pueda acceder a medios de prueba para defenderse ante reclamaciones de terceros. Una instrucción de este tenor, que ocasiona un daño al heredero, es una instrucción que debe reputarse ilícita por antijurídica. De hecho, la propia instrucción ordenando la supresión del contenido sería equivalente a ordenar la eliminación o destrucción de parte de la herencia. No nos parece que el causante pueda ordenar al heredero tal actuación. La autonomía de la voluntad tiene, como por todos es conocido, límites.

Otro supuesto problemático tiene que ver con el destino que debe darse al contenido digital del causante decidido por

[67] Mantiene que debe interpretarse esta expresión en el mismo sentido que el art. 4.4 Ley orgánica 1/1982, Gemma Minero Alejandre, *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*, Cizur menor, Thomson Reuters, 2018, p. 154.

un familiar o con su utilización ya que son decisiones que competen al heredero en cuanto titular de la herencia, no a un familiar o pareja de hecho.

En el caso de perfiles personales en redes sociales, debe tenerse presente que el contenido en ellos puede ser de lo más variado y que, si la relación jurídica (la cuenta personal) es transmisible al heredero, éste será titular de la relación jurídica y podrá solicitar el acceso al contenido de ese perfil.

Es por todos los conflictos que se pueden generar entre el heredero o los herederos y aquellas otras personas que ejecutan instrucciones del causante que debería haberse establecido o bien que el derecho de los herederos a acceder al contenido digital, que forma parte de la herencia, debe salvaguardarse siempre o que se hubiera establecido una norma en virtud de la cual los prestadores de servicios de la sociedad de la información pueden negarse a ejecutar determinadas instrucciones si existe un interés de terceros (*v. gr.,* secreto de las comunicaciones, privacidad de los otros usuarios del sitio web) o un interés general preponderante (*v.gr.*, art. 16.3 Proyecto de ley federal suiza de protección de datos).

La ejecución de las instrucciones ordenadas por el causante en torno al contenido digital de la herencia no puede desentenderse de la situación de ésta mientras el heredero decide si la acepta o repudia, esto es, la situación de herencia yacente (arts. 999, 1020 CC; art. 411-9 CCCat). El derecho del instituido como heredero a aceptar o repudiar la herencia, según las legislaciones, puede caducar al cabo de un tiempo (por ejemplo, 30 años) o ser imprescriptible (*v. gr.,* art. 461-12.1 CCCat). Esto supone que el contenido digital debería conservarse por ese mismo período o indefinidamente en espera de que el instituido decida si acepta o repudia la herencia. Puede suceder, sin embargo, que el causante haya estatuido un plazo a la persona designada para que solicite, por ejemplo, el cierre de la cuenta y consiguiente supresión del contenido, en cuyo caso, aquél deberá cumplir en ese plazo con el encargo. El llamado a la herencia o el administrador, en su caso, entonces, al tratarse de una herencia yacente, podrán ejercitar aquellas acciones tendentes a la conservación del patrimonio hereditario y, en esa dirección, solicitar del juez que se impida la supresión del contenido o bien que se le facilite una copia de éste (art. 999 CC; art. 411-9 CCCat). Sea lo que fuere, si el administrador es el instituido como heredero, deberá tener buen cuidado de realizar actos que no podría realizar sin tomar la cualidad de heredero (art. 999 CC; art. 462-5 CCCat).

Una vez aceptada la herencia, si solo se cerró la cuenta, el heredero podrá dirigirse al responsable del tratamiento de los datos, es decir, al prestador del servicio, en aras a solicitar una copia del contenido si no hubiera podido acceder al mismo antes o por otro medio.

Puede suceder que el responsable del tratamiento no guarde el contenido digital o conserve tan solo una parte del mismo (así, por ejemplo, Facebook advierte que algunos datos pueden ser guardados, no todos, cuando se solicita la eliminación de la cuenta). La cuestión que surge es ¿quién va a responder por el daño que se le ocasione, en su caso, al heredero (o legatario) por la pérdida del contenido digital de su herencia?, ¿debe asumir él el coste del daño causado debido a su inacción?, ¿puede aplicarse la doctrina del retraso desleal en el ejercicio de su derecho de aceptar o repudiar la herencia en la medida en que ha generado la confianza

al prestador del servicio de que no se va a solicitar el acceso al contenido? He aquí algunas de las cuestiones que genera el hecho de no tener en cuenta el Derecho de sucesiones cuando se establecen normas como las que estamos estudiando en el ámbito de la legislación relativa a la protección de datos personales.

Por otro lado, si la cuenta se encuentra inactiva, en espera de que el llamado a la herencia acepte o repudie, puede suceder, como hemos destacado en el apartado II, que la cuenta se cierre automáticamente por ser considerada «inactiva», en cuyo caso el heredero deberá solicitar al prestador del servicio el acceso al contenido de la misma. En este extremo deberán tenerse en cuenta las cláusulas establecidas en los sitios web de los prestadores de servicios, las cuales, en su mayoría no aparecen en las «condiciones de uso», sino en el servicio de «ayuda» u otra sección similar, por lo que no deben considerarse vinculantes.

De otra parte, al heredero o a la persona designada por el causante debería bastar, para acceder al contenido digital, la prueba de la muerte del titular mediante el certificado de defunción y que se es heredero o que se ha recibido el encargo directamente del causante, sin tener que solicitar una orden judicial para poder acceder al mismo. En cambio, esta orden sí que debe considerarse necesaria cuando sea un familiar, cónyuge o una pareja estable la que pretenda acceder a ese contenido, salvo que sean nombradas herederas (por la voluntad del causante o por la del legislador) o designadas expresamente por el causante para actuar sus instrucciones.

Asimismo, tanto heredero como legatario podrían, a su vez, verse gravados con un modo, el cual consistiera, por ejemplo, en el cierre de sus cuentas y posterior cancelación de los datos en un plazo de tiempo razonable. En este sentido, lo prevé el art. 428-1.1 CCCat que estatuye los siguiente: «*el modo también puede consistir en imponer la ejecución de las voluntades digitales del causante*». Sin embargo, si se tiene presente que la voluntad digital puede consistir en la supresión del contenido gestionado por el prestador del servicio de la sociedad de la información, contenido que forma parte de la herencia, se estaría imponiendo, como modo, o bien una conducta que perjudica al propio heredero o bien se le impone al legatario una conducta en perjuicio de un tercero que es el heredero. Piénsese que ese contenido puede ser valioso desde un punto de vista económico o puede comprender un medio de prueba a efectos de ejercicio de derechos por parte del heredero. Por tanto, se impondría una conducta que perjudica al heredero. En este sentido, debe tenerse muy en cuenta qué actuación impone el causante titular del contenido online como modo pues si perjudica al heredero debería considerarse éste como ilícito por antijurídico, ya que se impone una conducta que causa o puede causar un daño, conducta que el ordenamiento jurídico considera reprobable pues atenta contra un principio jurídico como es el conocido *neminem laedere*. Así, debería tenerse, en este caso, el modo por no puesto, sin que afecte a la institución, salvo que ese fuera el motivo determinante de su imposición (art. 428-5.1 CCCat, art. 797 CC).

b) Condiciones de uso de sitios web e instrucciones del causante

Si dirigimos, en este momento, nuestra mirada al derecho catalán, debe indicarse que la instrucción que considera el art. 411-10 CCCat es la «cancelación

de cuentas activas» que debe entenderse como «cancelación del contenido digital» y no como «cierre de la cuenta», pues, como ya hemos advertido, no significa lo mismo. En relación con este extremo deben hacerse las mismas críticas que se han realizado con respecto al art. 96 LOPD.

Por otro lado, una instrucción que puede dar el causante, según el art. 411-10.2 letra c CCCat, es: «*solicitar 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 instrucción está fuertemente inspirada en una norma similar establecida en la RUFADAA (sección 4), en cuya regulación tiene pleno sentido. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico (español y catalán), habida cuenta de que estas cláusulas deben pasar determinados controles pues se hayan en condicionados generales, como expusimos en el apartado II de este trabajo, son cláusulas de una eficacia muy limitada que lo único que permitirán al prestador del servicio es «cerrar» y, además, provisionalmente la cuenta, es decir, impedir el acceso de terceros a la misma, hasta que pueda verificar ciertos extremos.

En Estados Unidos, se cita con frecuencia el *leading case* «Justin Ellsworth v. Yahoo!». Justin era un marine que perdió la vida en la guerra de Irak en 2004. Sus padres, por motivos sentimentales, querían acceder a su correo electrónico a lo que se negó el prestador del servicio sobre la base de las condiciones de uso aceptadas por el usuario cuando abrió su cuenta. La familia litigó por ello y la *Probate Court of Oakland County* (Michigan) ordenó a Yahoo! que entregara el contenido del correo electrónico a su familia mediante un CD, no permitiendo el acceso a su cuenta[68]. A partir de éste y otros casos posteriores[69], se abrió la puerta a que diferentes Estados introdujeran normas permitiendo al «fiduciario» el acceso al contenido de las cuentas personales del causante o del declarado incapaz[70]. Debido a la presión de diferentes grupos[71], se dictó, en 2014, una ley uniforme al respecto: la ya mencionada *Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (UFADAA)[72] que fue revisada en 2015, pasando a denominarse *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (RUFADAA). Ésta supuso una revisión de calado pues modificó la norma prevista en la UFADAA[73] que entendía que, si el

[68] Jenny Lee, «Death and live feeds», p. 670.

[69] Como el caso Ajemian v. Yahoo! (Jim Lamm, «Ajemian v. Yahoo! Case Update», http://digitalpassing.com/2018/04/02/ajemian-yahoo-case-update/. Fecha de la consulta: diciembre 2019).

[70] Sasha A. Klein / Mark R. Parthemer, «Who Will Delete the Digital You? Understanding Fiduciary Access to Digital Assets», *Probate and Property Magazine*, July/August 2016, Vol. 30, Nr. 4; Kristina Sherry, «What Happens to Our Facebook Accounts When We Die?: Probate Versus Policy and the Fate of Social-Media Assets Postmortem», 40 *Pepp. L. Rev.* 1 (2013) online: http://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol40/iss1/5. Fecha de la consulta: diciembre 2019; Elizabeth Sy (2016) «The Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: Has the Law Caught up with Technology?,» *Touro Law Review*: Vol. 32: No. 3, Article 7. Online: http://digitalcommons.tourolaw.edu/lawreview/vol32/iss3/7. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

[71] Sasha A. Klein / Mark R. Parthemer, «Who Will Delete the Digital You? Understanding the Fiduciary Access to Digital Assets», *Probate and Property Magazine*, julio/agosto 2016, Vol. 30 nr. 4.

[72] Samantha D. Haworth, «Laying Your Online Self to Rest: Evaluating the Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act», 68 *U. Miami L. Rev*. 535 (2014), online: http://repository.law.miami.edu/umlr/vol68/iss2/10. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

[73] Una visión de conjunto de la UFADAA puede consultarse en Pascual Martínez Espín, «El acceso

causante no había previsto nada, el fiduciario tenía acceso a sus cuentas personales y a su contenido, para establecer el sentido contrario, es decir, que, en ausencia de última voluntad, no se podía dar acceso al fiduciario al contenido de las cuentas personales online del causante[74], salvo que se dieran una serie de requisitos (sección 9). Este cambio de criterio fue provocado por la presión ejercida por la asociación en defensa de los consumidores antecitada con base en el derecho a la privacidad de los usuarios de una plataforma tecnológica, aunque era igualmente defendida por las grandes empresas en la medida en que podían verse amparadas legalmente frente al ejercicio de acciones de responsabilidad civil por parte de sus usuarios.

En caso de fallecimiento del usuario, Facebook advierte al usuario de la posibilidad de:

> «*(…) designar a una persona (denominada «contacto de legado») para que administre tu cuenta si esta se convierte en conmemorativa. Solo el contacto de legado o una persona que hayas designado en un testamento válido o documento similar en el que expreses claramente tu consentimiento de divulgar el contenido en caso de fallecimiento o incapacidad podrá solicitar que se divulgue contenido de tu cuenta una vez que esta pase a ser conmemorativa*»[75].

La solicitud de una «cuenta conmemorativa» y los trámites que hay que hacer para que la cuenta personal pase, tras la muerte, a conmemorativa aparecen reflejados en el «servicio de ayuda» de Facebook. En este sentido, parece relevante la figura del «contacto de legado» que es aquella persona encargada de la administración de la cuenta personal una vez el usuario haya fallecido. En todo caso, esta «cuenta conmemorativa» no implica la instransmisibilidad de la relación jurídica dimanante del contrato de uso celebrado. El hecho de que lo que, en realidad, son condiciones generales se encuentren en la sección «ayuda» y no en la de «condiciones de uso» y «política de privacidad» puede plantear problemas acerca de si tienen carácter vinculante, lo que en nuestra opinión es harto cuestionable[76]; más bien se trataría de condiciones generales no incorporadas al contrato, es decir, a las «condiciones de uso» (art. 5 LCGC). Por otro lado, como se trata de una disposición de última voluntad debe revestir, en nuestro ordenamiento, una forma determinada de la que adolecen las condiciones de uso o servicios de ayuda presentes en la web de un prestador de servicios de la sociedad de la información. En esta dirección, debe considerarse que la cláusula donde se establece el «contacto de legado» u otra cláusula similar que se establezca es nula, desde el Derecho de sucesiones, por falta de forma[77].

---

de los fiduciarios *mortis causa* (y otros) a los activos digitales de sujetos fallecidos o incapacitados. Nota a la ley modelo americana sobre acceso de los fiduciarios a los activos digitales (UFADAA), Revista CESCO de Derecho de consumo, núm. 15/2015, http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

[74] Solo puede acceder al catálogo de comunicaciones que comprende la información de cabecera, el tipo emisor-receptor y el título del mensaje, según se recoge en la sección 2.4 de la propia norma, salvo que el causante hubiera dispuesto lo contrario (sección 8).

[75] https://es-es.facebook.com/legal/terms. Fecha de la consulta: diciembre 2019.

[76] Antonia Kutscher, *Der digitale Nachlass*, p. 121.

[77] En sentido de considerar válida esta cláusula, vid. Mª. Esperança Ginebra Molins, «Morir en la era digital», p. 145.

En este sentido, una norma como la que se establece en el derecho francés (art. 40-1.II apartado final de la *Ley nr. 78-17 de 6 enero de 1978* sobre protección de datos personales en la modificación operada por la *Loi de la république numérique*: «*Toute clause contractuelle des conditions générales d'utilisation d'un traitement portant sur des données à caractère personnel limitant les prérogatives reconnues à la personne en vertu du présent article est réputée non* écrite»), según la cual en caso de que exista una disposición de última voluntad, ésta prevalece sobre la cláusula contractual, desconoce tanto las normas del derecho de obligaciones y contratos como las del derecho de sucesiones. En primer lugar, porque si se pactó como no transmisible la relación jurídica que se corresponde con la expresión «cuenta personal», el causante unilateralmente no la puede convertir en transmisible; en segundo lugar, porque la cláusula contractual puede no estar incorporada a las condiciones de uso, como hemos indicado, y porque una disposición de última voluntad posterior no puede revocar una cláusula contractual. Jurídicamente se mueven en ámbitos diferentes. Por suerte, tanto el legislador estatal como autonómico no han copiado semejante norma en sus respectivas leyes[78].

C) Forma de las instrucciones

Ni el art. 3 ni el art. 96 LOPD establecen la forma que hayan de observar las instrucciones. Ahora bien, en la medida en que se trata de disposiciones de última voluntad deben observar la forma propia de los negocios jurídicos mortis causa según se trate de testamento, memoria testamentaria o, en el derecho catalán, de codicilo (art. 411-10.3 CCCat). De todos modos, mediante Real Decreto se establecerá la forma de acreditar la validez y vigencia de las instrucciones (arts. 3.3 y 96.3 LOPD), lo que puede conllevar que se cree un documento específico para el mal denominado «testamento digital» similar al «documento de voluntades digitales» que estatuyó el legislador catalán y que, además, se inscriba en un registro específico que se cree al efecto[79].

A pesar de la expresión «testamento digital», no se trata obviamente de ningún testamento[80]; todo lo más puede representar una disposición dentro del testamento propiamente dicho otorgado por el causante. En esta línea de pensamiento, el legislador debería evitar el uso de expresiones que pueden generar confusión y que, además, pervierten el sentido de las instituciones y categorías jurídicas. Por otro lado, existiendo ya el «registro de últimas voluntades», en el que se podría establecer una sección específica para este tipo de documentos, ¿es realmente necesaria la creación de este nuevo registro?. Nosotros lo dudamos. Quizá, en relación con este extremo, se nota la influencia de la Ley francesa, que crea un registro similar (art. 40-I.2) para las que denomina «instrucciones genera-

[78] Considera que debería darse primacía a la voluntad del causante a pesar de la existencia de condiciones de uso del sitio web en sentido contrario a aquella, María José Sánchez Morón, «La transmisibilidad», p. 159.

[79] En punto a esta cuestión debe mencionarse la STC de 17 de enero de 2019 declarando inconstitucional del registro electrónico de los documentos de voluntades digitales que estatuyó la Ley 10/2017, de 27 de junio (online: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2019_002/2017-4751STC.pdf. Fecha de la consulta: diciembre 2019).

[80] Editorial, «El testamento digital no existe», *Escritura pública*, enero-febrero, 2019, pp. 4-5.

les», ya que las «instrucciones particulares» solo se registran en el prestador del servicio de la sociedad de la información.

Sea lo que fuere, ese posible documento que pudiera establecer el legislador en el que se plasme el «testamento digital» del causante, debería revestir una forma determinada, en cuanto se trataría de un (nuevo) negocio jurídico mortis causa. De ahí que, el otorgamiento posterior de otro negocio jurídico mortis causa como, por ejemplo, un testamento, pudiera tener efecto revocatorio del supuesto «testamento digital» previamente otorgado (art. 411-10.4 CCCat). De todos modos, no dejarán de plantearse cuestiones controvertidas acerca del momento del otorgamiento de ese «testamento digital» y de otras disposiciones de última voluntad por lo que hace a la revocación[81].

Otra cuestión es que la creación legal de un nuevo documento, *rectius*, negocio jurídico de última voluntad (la digital exclusivamente) sea necesaria, habida cuenta de los negocios jurídicos mortis causa regulados en el ordenamiento jurídico y, en particular, de las memorias testamentarias, que complementan un testamento previamente otorgado, las cuales pueden ser el vehículo adecuado para disponer del destino de las cuentas personales *online*, así como de su contenido, para después de la muerte de una persona (art. 672 CC; art. 421-21 CCCat). En el fondo, quizá de lo que se trate sea de dar carta de naturaleza a los formularios o documentos similares que algunos prestadores de servicios (Google, Facebook) ponen a disposición de sus usuarios para que designen a la persona que «administrará» su cuenta.

[81] Editorial, «El testamento digital no existe», p. 5; Mª. Esperança Ginebra Molins, «Morir en la era digital», pp. 144-145.

3. Ausencia de instrucciones por parte del causante acerca del contenido digital. Sujetos legitimados

El art. 96.1 a LOPD faculta a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho y a los herederos para que puedan dirigirse a los prestadores de los servicios de la sociedad de la información, en el sentido de acceder a los contenidos digitales de aquel e impartirles las instrucciones que estimen oportunas acerca de su utilización, destino o supresión. El causante puede, no obstante, prohibir expresamente que todos estos sujetos accedan a sus contenidos online e impartan instrucción alguna, lo que no empece para que los herederos puedan acceder al contenido digital de (su) herencia[82]. En este caso, no existe persona designada por el causante para hacer cumplir sus instrucciones.

Las cuestiones relacionadas con los posibles conflictos que pueden originarse, en estos casos, al permitir legalmente que terceros ajenos a la herencia se inmiscuyan en ella han sido tratados con anterioridad donde nos planteábamos el supuesto de que existieran instrucciones del causante sin determinación del sujeto que debiera cumplirlas. Además, advertíamos de los problemas de índole práctica que podían surgir si se permite a familiares que decidan el destino del contenido digital de la herencia habiendo herederos instituidos que hayan aceptado la herencia.

[82] María José Santos Morón, «La transmisibilidad», p. 159. Esta autora critica que, si nada ha dicho el causante, se permita el acceso a su contenido online y propone, en relación con el proyecto de LOPD, que la norma sea la contraria, esto es, que en ausencia de instrucciones del causante no se permita el acceso al contenido. Nosotros, como se desprende de este estudio, no podemos estar de acuerdo con esta propuesta.

Una manera que hubiera tenido el legislador de haber minimizado la posibilidad de que se produzcan, a buen seguro, estos conflictos, hubiera sido diferenciar dos grupos de legitimados en atención a un ámbito de actuación concreto: el primero, solo tendría la titularidad de la facultad de acceder al contenido como podrían ser determinados parientes (solo en línea recta) y el cónyuge o pareja estable, lo que no quiere decir acceder a la cuenta personal, tan solo que se les facilite una copia de los archivos digitales; el segundo, estaría legitimado para modificar datos, oponerse al tratamiento y para su cancelación, como serían los herederos y los albaceas. De esta forma se evitan conflictos que pueden darse cuando la facultad de cancelación o supresión de datos, esto es, del contenido digital, se otorga a un tercero que no sea el heredero. Esta es la solución por la que parece optar la legislación suiza proyectada sobre protección de datos personales (art. 16) y la que nos parece más acertada. Incluso, el art. 2.4 RPD presenta una solución más acertada, sin estar libre de polémica, que los actuales arts. 3 y 96 LOPD.

4. Conclusión. Otra intervención iatrogénica (más) del legislador

La debida coordinación entre la legislación sobre protección de los datos personales de la persona fallecida y el Derecho de sucesiones pasa por la mínima intervención legislativa posible para evitar generar una conflictividad innecesaria como la que, estamos seguros, que se acabará produciendo en la práctica. Es una muestra más de las intervenciones iatrogénicas a las que nos tiene acostumbrado el legislador. Así, una norma como la prevista en el art. 16 del proyecto de ley federal suizo de protección de datos, que hace gala de esa intervención mínima a la que aludimos, es digna de ser alabada; no, en cambio, la ley francesa que, además de farragosa en cuanto a su redacción, introduce más confusión que claridad en la confluencia entre la protección de datos y la sucesión *mortis causa* del usuario de internet.

En ese sentido, deberán ser los notarios, con su buen hacer, los que, en una función preventiva, palíen los conflictos a los que aboca la legislación, canalizando debidamente la voluntad digital de las personas que deseen otorgar un negocio de última voluntad. En primer lugar, dándoles a conocer la existencia de este contenido digital de su herencia; en segundo término, si el testador o la testadora desean facultar a alguna persona para que cumpla determinadas instrucciones acerca de aquel, que le aconsejen que sea el heredero, coherederos o el albacea universal y, en tercer lugar, que las instrucciones que otorguen no pueden originar ningún perjuicio al heredero (o, en su caso, legatario) ni a la herencia. En los testamentos debería aparecer una disposición (casi de estilo) acerca de este contenido digital de la herencia. En caso contrario, siempre se pueden otorgar memorias testamentarias[83].

IV. Protección de los datos personales de los «amigos digitales» del causante

Otro aspecto es el relativo a la protección de los datos personales de aquellos usuarios que comparten una cuenta personal con el fallecido en una red social. Desde el momento en que el proveedor

[83] Agradezco a Víctor Esquirol Jiménez, notario, el haberme aportado su perspectiva práctica en este tema.

del servicio permita a los herederos el acceso al contenido digital de su causante estaría desprotegiendo los datos personales de sus supuestos «amigos digitales». Éstos podrían esgrimir que su derecho a la privacidad digital se ve vulnerado, con el consiguiente riesgo para el prestador del servicio de red social de verse sujeto a una acción de responsabilidad civil. De ahí, la negativa de Facebook, en el caso de la sentencia del BGH que venimos citando, a permitir el acceso a los herederos de la víctima fallecida.

A nuestro juicio, se salva perfectamente este obstáculo si se alega que el tratamiento de los datos realizado por el responsable es lícito de acuerdo con el art. 6.1 letra f RGPD. En éste se advierte que el tratamiento es lícito cuando:

> «*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*».

En el considerando núm. 47 RGPD se manifiesta que el «*interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por un tercero*» debe analizarse caso por caso. En esta línea de pensamiento, el interés legítimo de los herederos prevalece respecto del interés de los otros usuarios en la medida en 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.

De otra parte, los usuarios deben tener la expectativa razonable de que, al fallecimiento de una persona con la que comparten su contenido mediante una cuenta personal en una red social, sus herederos pueden acceder a él[84] sin diferenciar entre usuarios mayores y menores de edad. En definitiva, el derecho a la protección de los datos no puede evitar el normal desenvolvimiento de la sucesión universal *mortis causa* pues, en caso contrario, afectaría, de forma relevante, a la seguridad del tráfico jurídico-económico[85].

V. No conculcación del derecho al secreto de las comunicaciones por el proveedor del servicio

En España no disponemos de una ley que desarrolle el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones establecido en el art. 18.3 ce[86]. Han sido el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo los que han elaborado un cuerpo doctrinal, mediante sus sentencias, que ha permitido conocer el contenido esencial y los límites de ese derecho[87].

En relación precisamente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha permitido por éste el acceso de unos padres a la cuenta personal en una red social de su hija viva al sospechar que podía ser víctima de acoso[88]. La cuestión

[84] En otra dirección, vid. María José Sánchez Morón, «La transmisibilidad», p. 156.

[85] Merle Bock, «Juristische Implikationen», p. 397.

[86] Este precepto estatuye que: «*Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*».

[87] María Josefa Ridaura Martínez, «El legislador ausente del artículo 18.3 de la Constitución española (la construcción pretoriana del derecho al secreto de las comunicaciones)», *Revista de derecho político*, núm. 100, septiembre-diciembre 2017, pp. 347-404.

[88] *Vid.*, a título de ejemplo, la sentencia de la Sala de lo Penal del TS 864/2015, de 10 de diciembre. La sentencia plantea el tema del ciberacoso a menores.

respecto de una persona fallecida todavía no se ha planteado.

Por su parte, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones[89], en su art. 3 letra f, considera que uno de sus objetivos es el de salvaguardar el secreto de las comunicaciones. El art. 39 establece el deber de garantizar el secreto de las comunicaciones por aquel que opere una red eléctrica o preste servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público de acuerdo con lo establecido en la CE. Por su parte, la disposición final segunda de esta Ley 9/2014 modifica la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico[90], haciendo referencia indirecta al deber de secreto de las comunicaciones que corresponde a los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando suministren información a las autoridades competentes[91].

La jurisprudencia y la doctrina han manifestado que el deber de secreto de las comunicaciones solo es exigible mientras esa comunicación se está produciendo, no cuando ya ha finalizado[92]. En este caso, su publicación, si constituye una intromisión ilegítima en la intimidad de uno de los comunicantes debe verse sancionada con base en la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen[93]. En cualquier caso, sería deseable una mejor coordinación entre esta norma y la LOPD por lo que hace a los datos personales de la persona fallecida y la protección de la memoria del difunto[94].

[89] BOE núm. 114, 10 de mayo 2014.

[90] BOE núm. 166, 12 de julio de 2002.

[91] Una norma como la que contiene el § 88 Abs. 3 TKG no existe en el Derecho español de las telecomunicaciones. Al respecto, vid. Markus Artz, «Das Schicksal eines Facebook-Accounts – Gedanken zum Umgang mit höchstpersönlichen Daten nach dem Tod eines Facebook-Nutzers» en Johann Kindl / Tatiana Arroyo Vendrell / Beate Gsell (eds.), *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, 1ª edic., Nomos Verlag, Baden-Baden, 2018, pp 161-171.

[92] María Josefa Ridaura Martínez, «El legislador ausente», pp. 355-360. Para el derecho alemán, vid. Merle Bock, «Juristische Implikationen», pp. 409-410. En la jurisprudencia, vid. las sentencias del Tribunal Supremo español 342/2013, de 17 de abril, 859/2014, de 26 de noviembre, 786/2015, de 4 de diciembre.

[93] BOE núm. 115, 14 de mayo de 1982. Entre los autores, vid. Mª. Esperança Ginebra Molins, «Morir en la era digital», pp. 124-126; Gemma Minero Alejandre, «Redes sociales y derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de personas fallecidas», *FODERTICS 6.0. Los nuevos retos del Derecho en la era digital*, Granada, Comares, 2017, pp. 41-43.

[94] Editorial, «El testamento digital no existe», p. 5.