

EL ACCESO 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)¹

Pascual Martínez Espín

Catedrático acreditado de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 13 de octubre de 2015

Resumen

El presente comentario tiene por objeto la Ley americana de acceso del fiduciario a los activos digitales elaborada por la Uniform Law Commission (ULC), también conocida como National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL), aprobada el 16 de julio de 2014 y ratificada por una gran parte de Estados Federales hasta la actualidad².

La finalidad de esta Ley es conceder a los fiduciarios autorizados la posibilidad de acceder, controlar, copiar o distribuir el activo digital del fallecido o incapaz. La Ley se aplica sólo a fiduciarios, los cuales siempre deben actuar en el marco de sus obligaciones. Se trata, pues, de suprimir barreras de acceso de un fiduciario a registros electrónicos, sin afectar a otras leyes (vgr. sucesiones, privacidad, propiedad intelectual, etc.).

El interés de este tema radica también en la intención de Europa y, en particular, del European Law Institute de redactar una propuesta similar que regule el acceso de los fiduciarios a los activos digitales.

¹ Trabajo realizado en el marco del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) otorgado al Grupo de investigación y centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera de la UCLM, Ref.: DER2014-5606-P.

² Vid. <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets>.

1. Introducción

Internet ha cambiado la forma de entender la propiedad y las comunicaciones. Anteriormente, una persona guardaba su correo en un cajón, las fotos se conservaban en álbumes, los documentos en archivadores, y el dinero en depósitos o cuentas corrientes en el Banco. Hoy día, algunas de estas propiedades y las comunicaciones se almacenan como datos en un dispositivo (ordenador, disco duro, etc.) o en un servidor al que se accede a través de Internet (nube).

¿Qué sucede con el patrimonio digital de una persona cuando es incapacitada o muere?

Imaginemos que un autor ha escrito su última obra usando Google Docs y sufre un accidente cerebrovascular antes de su publicación. O un artista que haya subido su grabación original a Soundcloud antes de morir. El acceso a este contenido sería difícil, sino imposible, sin una Ley que permita el acceso a los contenidos digitales por parte de los fiduciarios (albaceas, tutores o representantes legales).

En su gran mayoría, las leyes guardan silencio sobre este tema. No obstante, las empresas digitales han creado condiciones del contrato de servicio para empezar a abordar la gestión de la propiedad digital tras la incapacidad y la muerte. Sin embargo, es lo cierto que nadie lee los términos de los acuerdos de servicios. En EEUU sólo ocho estados habían aprobado, con carácter previo a esta Ley, legislación sobre el acceso a los activos digitales (Delaware, Oklahoma, Idaho, Rhode Island, Indiana, Virginia, Nevada and Connecticut, que fue el primero en 2005).

En 2011, la Comisión de Derecho Uniforme designó el Comité que redactaría la Ley de acceso del fiduciario a los activos digitales, con la finalidad de que sea éste quien tenga autoridad para administrar y gestionar los activos digitales, copiar o eliminar activos. Dicho Comité en julio de 2014 aprobó la versión final de la Ley de Acceso del Fiduciario a los Activos Digitales (UFADAA). UFADAA permite al fiduciario del titular de una cuenta decidir si los activos digitales se deben preservar, distribuir o destruir, siempre que dichos activos no violen otras leyes federales.

2. Conceptos básicos

La sección 2ª de la Ley contiene las definiciones principales de esta Ley³:

³ Muchas de las definiciones se basan en las del Uniform Probate Code: agent (UPC Section 1-201(1)), conservator (UPC Section 5-102(1)), court (UPC Section 1-201(8)), electronic (UPC Section 5B-102(3)), fiduciary (UPC Section 1-201(15)), governing instrument (UPC Section 1-201(18)), person (UPC Section 5B-101(6)), personal representative (UPC Section 1-201(35)), power of attorney (UPC Section 5B-102(7)), principal (UPC Section 5B-102(9)), property (UPC Section 1-201(38)), protected person (UPC

- Titular de la cuenta. La persona que ha firmado un acuerdo de términos de servicio con un proveedor de servicios de Internet. El concepto incluye cualquier persona que firmó un acuerdo de términos de servicio con un proveedor, incluyendo una persona fallecida, que firmó el acuerdo durante la vida del individuo.
- Agente. Es un apoderado o representante que goza de un poder temporal o indefinido.
- Catálogo de comunicaciones electrónicas. La información que identifica a cada persona con la que un titular de la cuenta ha tenido una comunicación electrónica, la hora y la fecha de la comunicación, y la dirección electrónica de la persona.
- Curador (“Conservator”). Significa una persona designada por un tribunal para administrar el patrimonio de un individuo vivo (incapacitado).
- Proveedor (“Custodian”). Es una persona que realiza, mantiene, procesa, recibe o almacena un activo digital de un titular de la cuenta. Un proveedor incluye cualquier proveedor de servicios de Internet, así como cualquier otra entidad que proporciona almacenes de datos electrónicos al titular de una cuenta. Un proveedor no incluye la mayoría de los empleadores porque un empleador normalmente no tiene un acuerdo de términos de servicio con un empleado.
- Activos digitales. Es un registro o documento electrónico. El término no incluye un activo o pasivo subyacente a menos que el activo o pasivo sea en sí mismo un registro electrónico. Debido a que pueden existir registros en formatos tanto electrónicos y no electrónicos, esta definición aclara el alcance del acto y la limitación del tipo de registros a los que se aplica. El término incluye los productos actualmente en existencia y todavía no se ha inventado que sólo están disponibles electrónicamente. Se refiere a cualquier tipo de información almacenada electrónicamente, tales como: 1) toda la información almacenada en un ordenador y otros dispositivos digitales ; 2) el contenido subido a sitios web, que van desde fotos a documentos; y 3) los derechos de propiedad digital, tales como nombres de dominio o derechos digitales asociados a los juegos en línea. Tanto el catálogo como el contenido de una comunicación electrónica están cubiertos por el término "activos digitales".
- Servicio de comunicación electrónica. Es un servicio que proporciona al titular de una cuenta la capacidad de enviar o recibir una comunicación electrónica.

Section 5-102(8)), record (UPC Section 1-201(41)), and will (UPC Section 1-201(57)). La definición de "información" se basa en que, en la Uniform Electronic Transactions Act, sección 2, inciso (11).

- Fiduciario. Es un representante legal o sucesor, curador, agente o fideicomisario (administrador)⁴.
- Información. Significa datos, texto, imágenes, vídeos, sonidos, códigos, programas informáticos, software, bases de datos, o similares.
- Contenido de una comunicación electrónica. Es la información relativa a la sustancia o el significado de la comunicación que:
 - a) se ha enviado o recibido por un titular de la cuenta;
 - b) está en el almacenamiento electrónico por un proveedor que proporciona un servicio electrónico de comunicación al público o se realiza o mantenido por un proveedor que proporciona un servicio remoto para el público; y
 - c) no es fácilmente accesible para el público.

El término "contenido de una comunicación electrónica" es una adaptación de 18 USC Sección 2510, que dispone que el contenido: "cuando se usa con respecto a cualquier cable, orales o comunicación electrónica, incluye toda la información relativa a la sustancia, significado o sentido de dicha comunicación." El (6) Definición 2 está diseñado para cubrir único tema de contenido para la cobertura de la Sección 2702 de la Ley de Privacidad de las Comunicaciones Electrónicas (ECPA), 18 USC Sección 2510 y sig.; que no incluye contenido no sujetos a ECPA. En consecuencia, el "contenido de una comunicación electrónica", como se usa más tarde en toda UFADAA, se refiere únicamente a la información en el cuerpo de un mensaje electrónico que no es fácilmente accesible para el público; si la información fuera fácilmente accesible para el público, no estaría sujeto a las protecciones de privacidad de la Ley federal en virtud de la ECPA. Ver S. Rep. N° 99 a 541, 36 (1986). Cuando las protecciones de privacidad de la ley federal bajo ECPA se aplican a todo el contenido de una comunicación electrónica, la historia legislativa de la Ley señala los requisitos de divulgación: "O el remitente o el receptor pueden directamente o a través de agentes autorizados autorizar nuevas revelaciones de los contenidos de sus comunicaciones electrónicas" (Vid. Rep. No. 99-541, at 37 (1986). ECPA no se aplica a los proveedores de servicios de correo electrónico privados, como empleadores y las instituciones educativas (Vid. 18 U.S.C. Sección 2702 (a). Ejemplo: X utiliza una cuenta de Twitter para enviar un mensaje. Si el tweet se envía sólo a otras personas que han tenido

⁴ Según el diccionario de la RAE (22ª edición, versión electrónica) es un "heredero o legatario a quien el testador manda transmitir los bienes a otra u otras personas, o darles determinada inversión".

acceso a los tweets de X, entonces se cumple con la definición de la Ley de "contenido de una comunicación electrónica". Pero, si el tweet es completamente público sin restricciones de acceso, y no entra dentro de la definición de la Ley de "contenido de una comunicación electrónica".

- Representante personal. Es un albacea, administrador, administrador especial, o la persona que realiza sustancialmente la misma función.
- Acuerdo de Términos de servicio. Es un acuerdo que regula la relación entre el titular de una cuenta y un proveedor.
- Fideicomisario ("Trustee"). Significa un fiduciario en virtud de un acuerdo o declaración que gestiona los intereses otro (administrador). El término incluye a un sucesor fiduciario.
- Testamento ("will"). Incluye un codicilo, testamento que nombra un albacea, y el instrumento que revoque o modifique un testamento anterior.

3. El contenido esencial de la Ley

Como el número de activos digitales en poder de una persona se incrementa, las preguntas en torno a la disposición de estos bienes por causa de muerte o incapacidad del individuo son cada vez más comunes. Existen pocas leyes sobre los derechos de los fiduciarios sobre activos digitales de una persona. Pocos propietarios de activos y cuentas digitales consideran el destino de los mismos una vez que ya no son capaces de gestionar sus activos por cualquier causa (incapacidad, fallecimiento, etc.). Y estos activos tienen un valor real: según una encuesta de 2011 de McAfee, unidad de seguridad en la tecnología de Intel, los consumidores estadounidenses valoran sus activos digitales, por término medio, en casi \$ 55.000⁵. Estos activos van desde juegos en línea hasta fotos, música digital, listas de clientes, banca electrónica, cuentas de emails, cuentas en redes sociales (vgr. Facebook, Twitter, LinkedIn, etc.). Hay millones de cuentas de Internet que pertenecen a personas fallecidas. Algunos proveedores de servicios de Internet tienen políticas explícitas sobre lo que sucederá cuando una persona muere, otros no; incluso cuando se incluyen estas políticas en el acuerdo de términos de servicio, la mayoría de los consumidores desconocen sus términos.

Hasta la fecha, el acceso de los fiduciarios a los activos digitales no estaba claro, y estaba sujeto a las leyes de privacidad, así como a la ley de sucesión estatal. Una

⁵ Kelly Greene, Passing Down Digital Assets, Wall Street Journal (31 de agosto 2012), <http://goo.gl/7KAaOm>.

minoría de estados americanos había promulgado legislación sobre el acceso fiduciario de activos digitales, y muchos otros estados han considerado, o están revisando, su legislación. La legislación existente es diferente con respecto a los tipos de activos digitales cubiertos, los derechos del fiduciario, la categoría de activos incluidos, y si la muerte del titular o la incapacidad está cubierta. Un enfoque uniforme entre los Estados proporcionará certidumbre y previsibilidad para los tribunales, titulares de cuentas, fiduciarios, y los proveedores de servicios de Internet. Mediante esta Ley se proporciona a los Estados la orientación precisa, completa y de fácil acceso sobre cuestiones relativas a la capacidad de los fiduciarios para acceder a los registros electrónicos de un difunto, incapaz (o persona con capacidad limitada). Para cuestiones sobre las que los Estados divergen o en que la ley no es clara o desconocido, la Ley proporciona reglas uniformes por vez primera.

UFADAA proporciona el poder de planificar la dirección y disposición de su activo digital de igual manera que los individuos pueden hacer planes para su propiedad tangible. Si una persona omite la planificación mortis causa, el mismo fiduciario que puede disponer de los bienes materiales de la persona puede manejar el activo digital de la persona, distribuyendo aquel activo entre los herederos o disponiendo del activo digital como considere oportuno. Algunos proveedores de activo digital proporcionan una opción de planificación en línea por la cual los titulares de una cuenta pueden decidir suprimir o conservar su activo digital después de algún período de inactividad.

Bajo UFADAA, los fiduciarios que manejan el activo digital de un titular de una cuenta tienen el mismo derecho de tener acceso a aquel activo que el propio titular, pero sólo para el objetivo limitado de cumplir sus obligaciones de fiduciario. Así, por ejemplo, un fiduciario puede tener acceso a la cuenta de correo electrónico de un difunto para hacer un inventario de activos y, en última instancia, cerrar la cuenta, pero no puede publicar las comunicaciones confidenciales del difunto o suplantar al fallecido enviando correos electrónicos desde su cuenta. Además, la gestión de los activos digitales asignados a un fiduciario puede ser limitada por otras leyes. Por ejemplo, un fiduciario no puede copiar o distribuir archivos digitales en infracción de la Ley de propiedad intelectual, y no puede tener acceso al contenido de comunicaciones protegidas según las leyes de privacidad federales. Para conseguir acceso al activo digital, UFADAA requiere que un fiduciario envíe una petición al proveedor, acompañado por una copia certificada del documento que atribuye la condición de fiduciario (testamento, resolución judicial, poder notarial, etc.). Los proveedores del activo digital que reciben un requerimiento de acceso aparentemente válido están exentos de responsabilidad como consecuencia de su actuación de buena fe.

UFADAA es un estatuto diseñado para trabajar en conjunción con las leyes existentes en cada Estado sobre sucesiones, tutela, fideicomisos, etc. La promulgación de

UFADAA simplemente ampliará la autoridad existente de un fiduciario sobre los bienes materiales de una persona para incluir el activo digital de la misma, con las mismas obligaciones del fiduciario para actuar en beneficio de la persona representada. Esta es una norma esencial para la edad digital, y debería ser aprobada por cada Estado Federal. La Ley Modelo de Acceso del Fiduciario al Activo Digital ha sido objeto de modificación en el año 2015 al objeto de clarificar la aplicación de leyes de Derecho Privado federales y proporcionar efecto legal a las instrucciones de un titular para la disposición de su activo digital. Mientras UFADAA 2014 permitió a los fiduciarios el acceso por defecto a toda la información digital, la reforma de la Ley protege el contenido de comunicaciones electrónicas sin el consentimiento del usuario. Los fiduciarios podrán tener acceso al contenido digital salvo que sea prohibido por el usuario.

UFADAA aborda cuatro tipos diferentes de fiduciarios: representantes de fallecidos, representantes de incapacitados, apoderados en virtud de poder notarial y administradores. La Ley distingue entre el poder de los fiduciarios, que ejercen funciones de autoridad sujeta a esta Ley solamente en nombre del titular de la cuenta, y otras situaciones a partir de cualquier otro intento para tener acceso a los activos digitales. Los miembros de la familia o amigos pueden intentar ese acceso, pero, a menos que sean fiduciarios, sus esfuerzos están sujetos a otras leyes y no a la que es objeto de este comentario.

En resumen, el objetivo general de la Ley es facilitar el acceso de los fiduciarios, respetando la privacidad y la intención del titular de la cuenta. Se adhiere al enfoque tradicional de fideicomisos y leyes estatales, que respetan la intención del titular de la cuenta y promueve la capacidad de los fiduciarios para administrar la propiedad del titular de la cuenta en el marco de sus deberes fiduciarios.

4. Estructura y desarrollo

La Ley se divide en una nota preliminar y quince secciones.

Las secciones 1-2 contienen disposiciones y definiciones generales, incluyendo las relacionadas con el ámbito de la autoridad del fiduciario.

La sección 3 contempla el ámbito de aplicación, se aclara el alcance de la Ley y los fiduciarios que tienen acceso a los activos digitales bajo UFADAA. Esta sección establece que la Ley no se aplica a los activos digitales de un empresario utilizados por un empleado en su actividad ordinaria (en estos casos el fiduciario no puede tener acceso al correo del trabajador en la empresa).

Las secciones 4-7 establecen los derechos de los fiduciarios en sus distintas modalidades. Cada uno de los fiduciarios está sujeto a reglas diferentes basadas en la supuesta intención del titular de la cuenta y en la aplicación de otras leyes estatales y federales.

- Acceso por el representante legal de un fallecido. Con relación al representante legal de un difunto (sección 4) se presume que éste tiene acceso a todos los activos digitales del mismo salvo si son contrarios a la voluntad expresada por el difunto en el testamento o si así lo ordenara un tribunal. De este modo, tiene el derecho de acceso a:
 - a) El contenido de una comunicación electrónica que el proveedor pueda revelar en virtud de la Ley de Privacidad de las Comunicaciones Electrónicas, 18 USC Sección 2702 (b);
 - b) cualquier catálogo de las comunicaciones electrónicas enviadas o recibidas por el difunto; y
 - c) cualquier otro activo digital en el que al morir el difunto tenía un derecho o interés.

Un ejemplo de acceso a los activos digitales por el representante legal del difunto sería el siguiente: D muere con un testamento que no dice nada con respecto a los activos digitales. D tiene una cuenta bancaria para la que D recibió sólo estados de cuenta electrónicos. D ha almacenado las fotos en una cuenta de Internet en la nube, y D tiene una cuenta de correo electrónico. El representante legal tiene necesidad de acceder a los estados de las cuentas bancarias, a la cuenta de fotos, y a los correos electrónicos.

El representante legal de los activos de D cuenta con autorización para acceder a las declaraciones bancarias y álbumes de fotos de D, que ambos caen bajo la definición de la Ley de un "activo digital". Esto significa que si estas cuentas están protegidas por contraseña o no disponible para el representante legal, entonces el banco y el servicio cuenta de fotos deben dar acceso al representante legal cuando la solicitud se hace de conformidad con la Sección 9. Si el acuerdo de términos de servicio permite a D transferir las cuentas electrónicamente, el representante legal de D podrá utilizar este procedimiento para la transferencia también. El representante legal de D también puede solicitar al proveedor del servicio de cuenta de correo electrónico el acceso a los correos electrónicos enviados o recibidos

por D. La Electronic Communications Privacy Act (ECPA) permite que el proveedor de servicios entregue el catálogo de comunicaciones electrónicas al representante legal. El proveedor de servicios también debe proporcionar al acceso al representante legal para el contenido de una comunicación electrónica enviada o recibida por D si al proveedor de servicios se le permite, bajo 18 USC Sección 2702 (b), revelar el contenido. El banco puede entregar el catálogo de comunicaciones electrónicas o el contenido de una comunicación electrónica para el que es el iniciador o el destinatario ya que el banco no está sujeto a la ECPA.

- Acceso por el curador (o representante legal del incapaz) a los activos digitales de una persona protegida (sección 5ª). El representante legal de un incapacitado puede acceder a los activos digitales en virtud de una autorización judicial, previa audiencia del mismo.

Un ejemplo de acceso a los activos digitales del representante legal del incapaz: C ha sido nombrado como tutor para P. P tiene una cuenta bancaria para la que P recibió sólo estados de cuenta electrónicos, P ha almacenado las fotos en una cuenta de Internet basado en la nube, y P tiene una cuenta de correo electrónico con una empresa que ofrece servicios de comunicación electrónica al público. C necesita tener acceso a las declaraciones electrónicas de cuentas bancarias, la cuenta de la foto, y los correos electrónicos.

Sin una orden judicial que conceda explícitamente el acceso a los activos digitales de P, incluidas las comunicaciones electrónicas, C no tiene autorización en virtud de esta ley para acceder a las declaraciones electrónicas de cuentas bancarias, la cuenta de la foto, o los correos electrónicos. Por su parte, el banco puede liberar el catálogo de comunicaciones electrónicas o el contenido de una comunicación electrónica para el que es el iniciador o el destinatario ya que el banco no está sujeta a la ECPA.

- Acceso por el representante (agente) en virtud de poder notarial a los activos digitales del representado (sección 6ª).

En la medida en que un poder notarial otorgue expresamente a un representante acceso sobre el contenido de una comunicación electrónica del principal, el servidor deberá permitir dicho acceso, con el debido respeto de la ECPA.

Sujeto a la Sección 8 (b), y salvo que ordene lo contrario un tribunal o el representado, un agente tiene el derecho de acceso:

- a) a cualquier catálogo de las comunicaciones electrónicas enviadas o recibidas por el titular; y
- b) a cualquier otro activo digital en el que el representado tenga un derecho o interés.

Veamos un ejemplo de acceso a los activos digitales por el agente: X otorga poder de representación en favor de A como agente de X. El poder otorga expresamente una autoridad sobre los activos digitales de X, incluyendo el contenido de una comunicación electrónica. X tiene una cuenta bancaria en la que X recibe sólo estados de cuenta electrónicos, X ha almacenado las fotos en una cuenta de Internet basado en la nube, y X tiene una propiedad asociada con un juego en línea. X también tiene una cuenta de correo electrónico.

A tiene autorización para acceder a los estados de cuenta electrónicos de X, la cuenta de del álbum de foto y el juego on line, todos los cuales caen bajo la definición del acto de un "activos digitales." Esto significa que, si estas cuentas están protegidas por contraseña o no disponible para A como agente de X, entonces el banco, el proveedor de servicios de cuenta de la foto, y el proveedor de servicio de juego en línea debe dar acceso a A cuando la solicitud se hace de conformidad con la Sección 9. Si el Acuerdo de términos- de servicio permite a X transferir las cuentas electrónicamente, entonces A como agente del X puede utilizar este procedimiento para la transferencia también.

Como agente de X, A también puede solicitar que el proveedor del servicio de cuenta de correo electrónico le dé acceso a los correos electrónicos enviados o recibidos por X; ECPA permite que el proveedor de servicios libere el catálogo. El proveedor de servicios también debe proporcionar un acceso al contenido de una comunicación electrónica enviada o recibida por X si se permite al proveedor de servicios, según 18 USC Sección 2702 (b), revelar el contenido. El banco puede liberar el catálogo de comunicaciones electrónicas o el contenido de una comunicación electrónica para el que es el iniciador o el destinatario ya que el banco no está sujeta a la ECPA.

- Acceso por el fideicomisario (administrador) a los activos digitales (sección 7ª).

Sujeto a la Sección 8 (b), y salvo que se ordene lo contrario por un tribunal o por un representado, titular de una cuenta, el fideicomisario tiene el derecho a acceder a cualquiera de los activos digitales, incluyendo cualquier catálogo de

comunicaciones electrónicas del representado y al contenido de una comunicación electrónica.

Sujeto a la Sección 8 (b), y salvo que se ordene lo contrario por el tribunal o por el interesado, un fideicomisario que no sea titular de la cuenta original tiene el derecho de acceso:

- a) El contenido de una comunicación electrónica que el proveedor se permite revelar en virtud de la Ley de Privacidad de las Comunicaciones Electrónicas, 18 USC Sección 2702 (b);
- b) cualquier catálogo de las comunicaciones electrónicas enviadas o recibidas por el representado o cualquier sucesor del titular de la cuenta.
- c) cualquier otro activo digital del titular de la cuenta o del sucesor de la cuenta.

La sección 8 contiene disposiciones generales relativas a los derechos del fiduciario para acceder a los activos digitales.

- a) Un fiduciario que es titular de una cuenta o tiene el derecho bajo esta Ley para acceder a un activo digital de un titular de la cuenta:
 - i. Sujeto a los términos de servicio de acuerdo, la ley de derechos de autor y otras leyes aplicables, podrá tomar cualquier acción en relación con el activo para extender la autoridad del titular de la cuenta y el poder del fiduciario en virtud de la ley;
 - ii. tiene, a los efectos de las leyes de privacidad en un entorno electrónico, el consentimiento legal del titular de la cuenta al objeto de que el servidor pueda divulgar el contenido de una comunicación electrónica al fiduciario; y
 - iii. tiene, a los efectos de aplicación de las leyes de delitos informáticos, la consideración de un usuario autorizado.
- b) A menos que un titular de la cuenta, tras la fecha de vigencia de la presente Ley, esté de acuerdo con una disposición en el acuerdo de los términos del contrato de servicios, que limita el acceso del fiduciario a un activo digital del titular de la cuenta a través de un acto fehaciente diferenciado de consentimiento del titular a otras disposiciones del acuerdo:

- i. la disposición será nula por contraria al orden público; y
 - ii. el acceso del fiduciario en virtud de esta Ley para un activo digital no viola el acuerdo de los términos de servicio, incluso si el acuerdo requiere la notificación de un cambio en el estado del titular de la cuenta.
- c) Una disposición de la elección de la ley en un acuerdo de términos de servicio es inaplicable contra una interpretación de la fiduciaria en la presente [Ley] en la medida en que la disposición señala la ley que impone una limitación en el acceso de un fiduciario en un recurso digital, y la limitación es nula bajo la subsección (b).
- d) En cuanto a la propiedad personal tangible capaz de recibir, almacenar, procesar o enviar un activo digital, un fiduciario con autoridad sobre la propiedad de un fallecido, [persona protegida], mandante o fideicomitente:
- i. tiene el derecho de acceder a la propiedad y cualquier activo digital almacenado en ella; y
 - ii. es un usuario autorizado a los efectos de cualquier equipo contra el fraude aplicable y leyes de ordenador de acceso no autorizado.

Esta cuestión relativa a los parámetros de la autorización potencial del fiduciario surge en dos situaciones: 1) el fiduciario obtiene acceso a una contraseña o similares directamente del titular de la cuenta, como ocurriría en diversas circunstancias, como por el fiduciario de un fideicomiso inter vivos o alguien que ha almacenado contraseñas en una lista escrita o electrónica y las contraseñas se transmiten luego al fiduciario; y 2) el fiduciario obtiene acceso en virtud de esta ley.

En esta sección se aclara que el fiduciario tiene la misma autorización que el titular de la cuenta (nótese que, cuando ha muerto el titular de la cuenta, el fiduciario tiene el mismo acceso que el titular de la cuenta tenía inmediatamente antes de la muerte). Esto significa que la autoridad del fiduciario para acceder al activo digital es la misma que el titular de la cuenta, excepto cuando, de conformidad con el inciso (b), el titular de la cuenta haya limitado explícitamente el acceso fiduciario. En el ejercicio de sus responsabilidades, el fiduciario está sujeto a los deberes y obligaciones establecidos en virtud de la ley fiduciaria estatal y es responsable por el incumplimiento de esas obligaciones. En el ejercicio de sus responsabilidades, el fiduciario está sujeto a las mismas

limitaciones que el titular de la cuenta. Por ejemplo, un fiduciario no puede eliminar una cuenta si esto fuera fraudulento. Del mismo modo, si el titular de la cuenta pudiera cuestionar las disposiciones de un acuerdo de términos de servicio, el fiduciario también es capaz de hacerlo (vid. *Ajemian v. Yahoo!, Inc.*, 987 N.E.2d 604 (Mass. 2013)).

El inciso (a) está diseñado para establecer que el fiduciario está autorizado para ejercer el control sobre los activos digitales de conformidad con otras leyes aplicables. El inciso aclara que la ley estatal considera al fiduciario como "autorizado" en virtud de los dos estatutos federales que prohíben el acceso no autorizado a ordenadores y datos informáticos, ECPA y de la Ley de Fraude, así como en virtud del abuso a las leyes estatales comparables que penalizan el acceso no autorizado.

ECPA contiene dos prohibiciones potencialmente relevantes. El primero, 18 U.S.C. Sección 2701 (a), define el delito de acceso ilegal a las comunicaciones almacenadas, que se aplica a una persona que "(1) accede intencionalmente sin autorización a un servicio proporcionado por un servicio de comunicación electrónica; o (2) extralimita intencionadamente una autorización para acceder a esa instalación". Por lo tanto, alguien que tiene autorización para acceder al servicio no comete un acto ilícito. Además, esta sección no se aplica a la "conducta autorizada ... por un usuario de dicho servicio con respecto a la comunicación de la intención o de ese usuario." 18 USC Sección 2701 (a), (c) (2).

El segundo, 18 U.S.C. Sección 2702, titulado "La revelación voluntaria de las comunicaciones de los clientes o registros," se refiere a acciones por parte del proveedor de servicios. Prohíbe a un servidor de comunicación electrónica o de un servicio de computación remoto divulgar intencionalmente el contenido de una comunicación electrónica almacenada por él o mantenido ese servicio por el servidor, a menos que la divulgación se haga (entre otras excepciones) ""a un destinatario o destinatario de dicha comunicación o un agente de dicha destinatario "o" con el consentimiento legal del iniciador o el destinatario de la comunicación, o el abonado en el caso del servicio remoto. El estatuto permite la divulgación de "registros de los clientes" que no incluyen el contenido, ya sea con el consentimiento legal del cliente o "a cualquier persona que no sea una entidad gubernamental." 18 U.S.C. sección 2702(c) (2) y (6). Así, en contraste con las restricciones a la libertad de contenido, el proveedor de servicios de comunicación electrónica o de computación remoto no permite revelar el catálogo de las comunicaciones electrónicas a nadie salvo al gobierno.

Al definir el fiduciario como usuario autorizado: 1) el fiduciario tiene autorización en virtud de la legislación aplicable para acceder a los recursos digitales bajo la primera disposición pertinente de la ECPA, 18 USC Sección 2701, así como bajo la CFAA; y 2) el fiduciario tiene "el consentimiento legal" del titular/abonado bajo la ley aplicable para que el proveedor de servicios puede revelar voluntariamente los activos digitales de conformidad con la segunda disposición pertinente de la ECPA, 18 USC Sección 2702, incluyendo el contenido de una comunicación electrónica. Por otra parte, este lenguaje debe ser adecuado para evitar la responsabilidad bajo las leyes estatales de acceso no autorizado.

El inciso (a) establece que el fiduciario puede tomar acciones en la medida de su poder de representación en virtud de la ley de este estado. Téngase en cuenta que las competencias de los fiduciarios bajo la ley estatal están definidas por la Ley, derecho consuetudinario, y los términos del instrumento de gobierno.

La subsección (b) se dirige a determinar si los titulares de cuentas pueden optar por las normas de esta Ley y si los proveedores de servicios de Internet pueden impedir el acceso fiduciario. En primer lugar, un acuerdo de términos de servicio en el que un titular de la cuenta ha tomado una decisión afirmativa para limitar el derecho de un fiduciario para acceder sustituirá a cualquier disposición contraria en esta voluntad, o poder de representación. El acto expreso debe demostrar claramente la intención deliberada del titular de la cuenta para evitar el acceso del fiduciario. En segundo lugar, el inciso establece que cualquier otro término en un acuerdo de términos de servicio que prohíbe el acceso fiduciario es nulo por ser contrario al orden público del Estado. Mientras que todas las leyes de un Estado puede ser considerado como "orden público" de dicho Estado, la frase "fuerte política pública" ha de interpretarse con arreglo a los principios de conflictos de leyes para proteger el acceso fiduciario a los activos digitales bajo esta ley, a pesar de una previsión contraria en los términos de servicio e incluso si el acuerdo de términos de servicio elige la ley de otro estado o país para gobernar sus derechos contractuales y deberes (vid Restatement (Second) Conflict of Laws § 90 y § 187 cmt. G; vid. también Uniform Trust Code § 107). Sin embargo, una disposición de los términos de servicio de acuerdo por la que un titular de cuenta ha tomado la decisión afirmativa, separada de consentimiento del titular de la cuenta de otras disposiciones del acuerdo de términos de servicio, para limitar el acceso de un fiduciario de activos digitales (del titular de la cuenta) no está anulada por esta Ley y reemplazará cualquier disposición contraria en un testamento o escritura de poder.

La subsección (b) refuerza el concepto de que el fiduciario sea un sucesor del titular de la cuenta, sin más pero también sin menos derechos. La Ley no permite

al fiduciario ignorar el acuerdo de términos de servicio para hacer transmisible el activo digital. Sin embargo, puede preservar los derechos del fiduciario para hacer las mismas acciones que el titular de la cuenta (Vid. *Ajemian v Yahoo!, Inc.*, 987 NE2d 604. (Misa 2.013); David Horton, *Indescendibility*, 102 Calif . L. Rev. 543 (2014).

En la subsección (b), el acceso de un fiduciario no debe considerarse como una transferencia o cualquier otro uso que viole los términos anti- transferencia u otros términos de un acuerdo de términos de servicio.

El inciso (c) apoya la importancia del acceso fiduciario al establecer que cualquier elección de ley que regula el efecto de un acuerdo de términos de servicio que impide el acceso fiduciario es inaplicable.

El inciso (d) aclara que el fiduciario está autorizado a acceder a los activos digitales almacenados en bienes muebles tangibles, tales como ordenadores portátiles, ordenadores, teléfonos inteligentes o medios de almacenamiento del difunto, persona protegida, mandante o fideicomitente, eximiendo a los fiduciarios de la aplicación de las leyes estatales o federales sobre el acceso no autorizado al ordenador. A efectos del derecho penal, esto aclara que el fiduciario está autorizado a acceder a todos los activos digitales del titular de la cuenta, ya sea a nivel local o remoto.

Ejemplo de acceso a los activos digitales por el fiduciario: T es el fiduciario de un fideicomiso establecido por S. Como fiduciario del fideicomiso, T abre una cuenta bancaria para la que T recibe sólo estados de cuenta electrónicos. S transfiere a T como fiduciario (en cumplimiento de un acuerdo de términos de servicio) su cuenta de un juego on line y una cuenta de Internet basado en la nube en la que S ha almacenado las fotos. S también transfiere a T como fiduciario (de conformidad con el acuerdo de los términos de servicio) una cuenta de correo electrónico con una empresa que ofrece servicios de comunicación electrónica para el público.

T es sucesor del titular de una cuenta y tiene la posibilidad de acceder a las cuentas de banca electrónica. T puede acceder al juego en línea y la cuenta de fotos, que ambos caen bajo la definición de la Ley de "activos digitales". Esto significa que, si estas cuentas están protegidas por contraseña, el banco, el proveedor de servicios de la cuenta de las fotos, y el proveedor de servicio de juego en línea deben dar acceso a la T cuando la solicitud se haga de conformidad con la Sección 9. Si los términos de acuerdo de servicio permiten al titular de la

cuenta transferir las cuentas electrónicamente, entonces T como fiduciario puede utilizar este procedimiento para la transferencia también.

T como sucesor del titular de la cuenta de correo electrónico, de la que S era previamente el titular de la cuenta, también puede solicitar que el proveedor del servicio de cuenta de correo electrónico de acceso permita acceder a los correos electrónicos enviados o recibidos por S; la ECPA permite que el proveedor de servicios pueda liberar el catálogo. El proveedor de servicios también debe proporcionar a T acceso al contenido de una comunicación electrónica enviada o recibida por S si al proveedor de servicios se le permite, según 18 USC Sección 2702 (b), revelar el contenido. El banco puede liberar el catálogo de comunicaciones electrónicas o el contenido de una comunicación electrónica para el que es el iniciador o el destinatario ya que el banco no está sujeta a la ECPA.

Un último ejemplo sobre el acceso a pesar de las condiciones de un acuerdo de términos de servicio. D, domiciliado en el estado X, muere. D era un fotógrafo profesional que almacenaba valiosas fotografías digitales en una cuenta de almacenamiento en línea proporcionada por C. P es nombrado por un tribunal en el estado X para administrar los activos de D. P necesita tener acceso a la cuenta de almacenamiento en línea de D para inventariar y valorar los activos de D y para presentar la declaración de impuestos de los activos de D. Durante la vida de D, D firmó un acuerdo de términos de servicio con C para la cuenta de almacenamiento en línea. Dicho acuerdo prevé la elección de la ley aplicable del Estado Y para regir los derechos contractuales y obligaciones bajo el acuerdo de términos de servicio. Una cláusula del acuerdo de términos de servicio prohíbe el acceso fiduciario a los activos digitales de un titular de la cuenta, pero D no estaba de acuerdo con esa disposición por un acto expreso de D mediante el que prestaba su consentimiento a otras disposiciones del acuerdo de términos de servicio. UFADAA ha sido promulgada por el Estado X, pero no por el Estado Y. Dado que el acceso de P a los activos de D es fundamental para la realización de los deberes fiduciarios de P, un tribunal debería aplicar los incisos (b) y (c) de la Ley, y en virtud de la Ley del Estado X, anular el acuerdo de términos de servicio que prohíbe el acceso de P a la cuenta en línea de D, a pesar de que el acuerdo de los términos de servicio designaba la ley del Estado Y para gobernar los derechos contractuales y obligaciones bajo el acuerdo de términos de servicio.

La sección 9 regula las directrices de cumplimiento de la obligación del proveedor.

- a) Si un fiduciario con un derecho en virtud de esta Ley para acceder a un activo digital de un titular de la cuenta cumple con el inciso (b), el proveedor deberá cumplir con la solicitud del fiduciario en un registro para:
- i. el acceso a los activos;
 - ii. el control del activo; y
 - iii. una copia del activo en la medida permitida por la ley de derechos de autor.

El inciso (a) permite a un fiduciario solicitar el acceso, el control, o una copia del activo digital. El término "control" significa sólo la capacidad de mover (a menos que esté prohibido por la ley de derechos de autor) o eliminar ese activo en particular. El control de un fiduciario sobre un activo digital no es equivalente a una transferencia de propiedad o un blanqueo de material obtenido ilegalmente. Por lo tanto, este apartado otorga al fiduciario la capacidad de acceder a los registros electrónicos, y la disposición de los registros está sujeta a otras leyes. Por ejemplo, cuando el titular de la cuenta tiene una cuenta de banca electrónica la capacidad del fiduciario para vender los valores se regirá por el derecho sucesorio tradicional. La ley sólo concede el acceso y el "control" en el sentido de permitir que el fiduciario haga electrónicamente lo que el titular de la cuenta podría haber hecho (también electrónicamente). Por lo tanto, si un acuerdo de términos de servicio impide transferencias en línea, el fiduciario no puede hacer esas transferencias por vía electrónica.

Ejemplo de control fiduciario sobre un activo digital: D muere con una última voluntad de todos los activos a favor de su cónyuge, S. E es el representante personal de los activos de D. D dejó una cuenta bancaria, para lo cual D sólo recibió declaraciones en línea, y un blog. E como representante personal de los activos de D tiene acceso a ambas cuentas y puede solicitar las contraseñas de los proveedores de las dos cuentas. Si el acuerdo de D con el banco no prevé la Banca electrónica, entonces E debe ajustarse al procedimiento establecido y no puede transferir los fondos por banca electrónica. Si el acuerdo de términos de servicio para el blog permite a D transferir el blog electrónicamente, entonces E puede hacer la transferencia electrónica también.

- b) Si una solicitud en virtud del inciso (a) se hace a través de:
- i. un representante legal con el derecho de acceso en virtud del artículo 4, la solicitud deberá ir acompañada de una copia certificada de su nombramiento (testamento, poder, resolución judicial, etc.);
 - ii. un curador o tutor con el derecho de acceso en virtud del artículo 5, la solicitud debe ir acompañada de una copia certificada de la orden judicial que da al representante legal autorización sobre el activo digital;
 - iii. un agente con el derecho de acceso en virtud del artículo 6, la solicitud debe ir acompañada de un original o una copia del poder notarial que autoriza al agente a actuar sobre el activo digital y una certificación del agente, bajo pena de falso testimonio, que el poder está en vigor; y
 - iv. un fideicomisario con el derecho de acceso en virtud del artículo 7, la solicitud debe ir acompañada de una copia certificada del instrumento de fideicomiso que autoriza al mismo para ejercer autoridad sobre el activo digital.
- c) Un proveedor de almacenamiento deberá cumplir con una petición hecha en virtud del inciso (a) a más tardar 60 días después de la recepción. Si el proveedor de servicios no cumple, el fiduciario podrá solicitar al tribunal una orden que exija el cumplimiento.
- El inciso (c) establece 60 días como el momento oportuno para el cumplimiento. Esto es independiente del procedimiento para suministrar el instrumento de fideicomiso requerido.
- d) En lugar de proporcionar una copia del instrumento de fideicomiso en virtud del inciso (b) (4), el fiduciario puede proporcionar una certificación de confianza, con el contenido mínimo previsto en la Ley (sección 9, d), 1).
- e) Una persona que demanda el instrumento de fideicomiso, además de una certificación en virtud del inciso (d) o extractos en virtud del inciso (e) es responsable de los daños, incluyendo los honorarios de abogados, si el tribunal determina que la persona no actuó de buena fe para exigir el instrumento.

El inciso (h) permite los honorarios de abogados. Como la Sección 709 del Uniform Trust Code explica, el reembolso bajo esta sección puede incluir los honorarios y gastos del abogado incurridos por el fiduciario en la defensa de una acción. Sin embargo, un administrador no tiene normalmente derecho a los honorarios y gastos de abogado, si se determina que el fiduciario actuó de mala fe (vid. 3A Austin W. Scott & William F. Fratcher, *The Law of Trusts* § 245 (4th ed. 1988)).

Los proveedores, empleados y agentes son inmunes a la responsabilidad por un acto u omisión de buena fe en el cumplimiento de esta Ley (sección 10). En este apartado se establece que los proveedores están exentos de responsabilidad cuando actúan de conformidad con los procedimientos de esta ley y de buena fe. Los tipos de acciones cubiertas incluyen la divulgación, así como la transferencia de copias. La responsabilidad directa no está sujeta a la inmunidad; la responsabilidad indirecta sí lo está.

La responsabilidad directa sólo puede surgir por incumplimiento de una orden judicial emitida en virtud del artículo 9. Sobre la determinación de un derecho de acceso de las secciones 4, 5, 6 o 7, un tribunal puede emitir una orden para permitir el acceso en virtud del artículo 9. El incumplimiento de esta orden judicial daría lugar a responsabilidad por desacato. No hay inmunidad en estos casos. La responsabilidad indirecta podría surgir de la concesión de un derecho de acceso en virtud de esta ley. El acceso a un activo digital podría invadir la privacidad o dañar la reputación de la persona fallecida, persona protegida, y podría dañar a otras personas. El otorgante de acceso a los activos digitales es inmune a la responsabilidad que surja de cualquiera de estas circunstancias si el otorgante ha actuado de buena fe para cumplir con esta ley. Si hay una orden judicial en virtud del artículo 9, el cumplimiento de la orden establece la buena fe. A falta de una orden judicial en virtud del artículo 9, la buena fe se evaluará en función del cumplimiento por el proveedor de los requisitos establecidos en esta Ley.

Por último, las secciones 11-15 abordan temas diversos, entre ellos la uniformidad en la aplicación (sección 11), su relación con la *The Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* (sección 12), la posible nulidad de algunas de sus disposiciones por contravención a otras leyes y la fecha de entrada en vigor de la ley.

5. Conclusiones

El 16 de julio de 2014 se aprobó la Ley de acceso de los fiduciarios a los activos digitales (UFADAA) por la Comisión de Derecho Uniforme.

El propósito de UFADAA es conferir a los fiduciarios la autoridad para el acceso, control o copia de los activos digitales, respetando la privacidad y la intención del titular de la cuenta. Esta Ley uniforme afecta a cuatro tipos de fiduciarios: (1) representantes personales (también conocidos como ejecutores o albaceas) de los bienes de una persona fallecida; (2) curadores (también tutores) para una persona viva (incapacitada); (3) los agentes que actúan en virtud de un poder notarial; y (4) fideicomisarios de un fideicomiso.

Los fiduciarios juegan un papel esencial en nuestra economía, actuando en nombre de incapacitados y personas fallecidas. Los fiduciarios en general tienen el mismo poder sobre los activos que tendría su propietario. En general, UFADAA confirma que fiduciario de una persona es su sucesor, incluso en el mundo digital. Esto es importante porque los activos digitales pueden tener obstáculos adicionales para superar que no se aplican a propiedad tradicional. Estos obstáculos adicionales en el mundo digital son: (1) las contraseñas; (2) el cifrado; (3) la legislación penal en materia de acceso no autorizado a los ordenadores; y (4) las leyes de protección de datos. UFADAA ayuda a los fiduciarios a superar los obstáculos 1, 3 y 4, pero no resuelve obstáculo 2, relativo al cifrado. El cifrado puede hacer que sea prácticamente imposible que un fiduciario para acceder a los datos de una persona si no conoce la contraseña.

La versión final de UFADAA proporciona el acceso a los activos digitales que los fiduciarios necesitan para llevar a cabo sus funciones, dentro del respeto de la privacidad y la intención del titular de la cuenta.