

LA PLANIFICACIÓN SUCESORIA DE LA ESFERA DIGITAL: ESPECIAL REFERENCIA AL TESTAMENTO NOTARIAL

Succession planning in the digital sphere: special reference to notarial wills

MARÍA PEÓN ROVIRA

Graduada

Universidad de Santiago de Compostela

E-mail: mariapeonr2003@gmail.com

RESUMEN: En un contexto marcado por la digitalización de la vida cotidiana, el presente trabajo analiza, desde la intersección que se da entre el Derecho sucesorio, el Derecho de contratos y el Derecho de la persona, la problemática jurídica derivada de la planificación de la sucesión en la esfera digital. A tal fin, se estudia desde el alcance de la autonomía de la voluntad del causante respecto del destino sucesorio de este tipo de bienes y derechos, hasta las dificultades que surgen al aplicar instituciones tradicionales a nuevas formas de patrimonio que distan física y conceptualmente de la noción de patrimonio analógico.

PALABRAS CLAVE: Sucesión digital; bienes digitales; esfera digital; patrimonio digital; protección de datos.

ABSTRACT: Against a backdrop of the digitalisation of everyday life, this paper analyses, from the intersection of inheritance law, contract law and personal law, the legal issues arising from estate planning in the digital sphere. To this end, it examines everything from the scope of the testator's autonomy of will regarding the inheritance of such assets and rights, to the difficulties that arise when applying traditional legal institutions to new forms of assets that differ physically and conceptually from the notion of analogue assets.

KEYWORDS: Digital succession; digital assets; the digital sphere; digital heritage; data protection.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA ESFERA DIGITAL. III. LA IDONEIDAD DEL TESTAMENTO COMO INSTRUMENTO PARA ORDENAR LA SUCESIÓN EN LA ESFERA DIGITAL. 3.1. EL TESTAMENTO COMO CAUCE PARA LA SUCESIÓN DIGITAL. 3.1.1. Contenido. i. La institución de heredero. ii. El legado. iii. El albacea. 3.1.2. Aspectos formales. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El punto de partida de este trabajo es el imparable fenómeno de digitalización de la vida cotidiana que ha tenido, entre otras consecuencias y por lo que a este contexto interesa, que el patrimonio de una persona haya evolucionado de lo puramente físico y tangible a un híbrido que abarca bienes de naturaleza digital tan dispares entre sí como las criptomonedas o los perfiles digitales en redes sociales¹.

La persona adquiere una huella digital que perdura después de su muerte cuya impronta además de sentimental puede tener un valor económico de tal magnitud que no puede ser ignorado por el Derecho.

La aproximación al objeto de nuestro estudio nos ha situado frente a un panorama en el que destaca desde la insuficiencia normativa, la tensión de la autonomía de la voluntad con los derechos de los herederos y con las condiciones generales de la contratación de las plataformas que sustentan buena parte de nuestros derechos, hasta el empleo de términos anglosajones que más allá de la traducción plantean problemas y chocan con el paradigma sucesorio español².

II. LA ESFERA DIGITAL

La “esfera digital” se percibe como un ámbito mixto en el que confluye la vida personal y patrimonial del individuo y se considera una expresión más adecuada que la de “huella digital” pues tiene un mayor alcance y va más allá de los datos y los perfiles que es en lo que básicamente se centra la legislación actual.

Cuando hablamos de esfera digital podemos distinguir, a su vez, dos subesferas: en una estaría el patrimonio digital³ esencialmente transmisible (sin perjuicio de las limitaciones impuestas por los prestadores de servicios)⁴ y en otra se situarían los bienes de la personalidad esencialmente intransmisibles (sin perjuicio de la creciente patrimonialización de algunas facultades⁵ y de la previsión legal de la defensa de la memoria

1 Como ha afirmado algún autor “huir de internet es irracional” (Cfr. GINER GANDÍA., J. “El testamento digital sí existe y ya ha llegado”, en AA.VV *Testamento ¿digital?* (coord. Oliva León y Valero Barceló), España, Juristas con Futuro, 2016, p. 58)

2 La utilización de términos anglosajones no resulta extraña si partimos de que el país pionero en esta cuestión y el que ha acuñado muchos de los términos relevantes en esta materia como por ejemplo “digital assets” es Estados Unidos. En este sentido el European Law Institute en su informe afirma que: “‘digital asset’ means any record or representation of value that fulfils the following criteria: (i) it is exclusively stored, displayed and administered electronically, on or through a virtual platform or database, including where it is a record or representation of a real-world, tradeable asset, and whether or not the digital asset itself is held directly or through an account with an intermediary; (ii) it is capable of being subject to a right of control, enjoyment or use, regardless of whether such rights are legally characterised as being of a proprietary, obligational or other nature; and (iii) it is capable of being transferred from one party to another, including by way of voluntary disposition” (ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security, European Law Institute, Registradores de España, Universität Wien, Viena, 2022, p. 17).

3 Acerca del patrimonio digital vid CUCURULL POBLET, T., “Más allá de lo tangible: La herencia de los activos digitales”, *Revista Claves Jurídicas*, N° 13, 2024, pp. 52 y 53.

4 En el sentido de que es relativamente frecuente que el usuario sea titular de una licencia de uso y no de un verdadero derecho de propiedad.

5 Sobre el valor patrimonial de los datos conocido como proceso de datificación y su papel en la evolución del capitalismo digital vid. MARINO, G., “La sucesión de los derechos de control sobre los datos personales del difunto en la comparación de las experiencias jurídicas europeas”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 20, 2024, pp. 1091-1092.

del fallecido⁶, aun cuando en puridad tal y como se desprende del art. 32 CC la muerte extingue la personalidad).

A lo anterior debe añadirse que constituye una característica destacable de la esfera digital su intangibilidad, lo que obliga a una compleja distinción entre el soporte físico y el contenido propiamente dicho, entre el continente y el contenido, algo que de nuevo afectará de forma muy notable a su transmisibilidad⁷.

Es precisamente ese juego que trastoca lo tradicionalmente transmisible e intransmisible el telón de fondo del presente artículo.

III. LA IDONEIDAD DEL TESTAMENTO COMO INSTRUMENTO PARA ORDENAR LA SUCESIÓN EN LA ESFERA DIGITAL

Del marco normativo vigente resulta con claridad que, más allá de las limitadas previsiones establecidas en los arts. 3 y 96 de la LOPDGDD, no existe un régimen sucesorio propio para la esfera digital, por lo que debe acudir a la normativa general de la sucesión *mortis causa*.

Así, la sucesión en la esfera digital comparte con toda sucesión *mortis causa* su fundamento constitucional en el art. 33 CE, que reconoce el derecho a la herencia, el cual, como nos recuerda LACRUZ, se estructura sobre la heredabilidad general de los derechos patrimoniales no personalísimos, la intervención de la voluntad del individuo en la designación de sucesor y el llamamiento supletorio legal a familiares⁸. Es, por tanto, la voluntad del *de cuius* la primera ley de la sucesión, únicamente limitada por los llamamientos legitimarios.

Ahora bien, además de los límites propios del Derecho de sucesiones, como pueden ser los derivados de la institución de la legítima, la especial naturaleza y características de los activos que integran la esfera digital hace que surjan otros límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad en la planificación sucesoria, motivados por la confluencia de otros Derechos como son el de contratos y el de la persona⁹.

Así cabe destacar, en primer lugar, que el propio ejercicio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de los contratos conlleva que la posibilidad de planificar la herencia respecto de los activos digitales de naturaleza patrimonial venga generalmente condicionada por la existencia de importantes restricciones a su transmisibilidad, no tanto por su naturaleza, sino por la especial configuración que se les atribuye en las relaciones contractuales de las que derivan.

6 Sobre la protección *postmortem* y su creciente valor monetario vid.v.gr. CASTILLO PARRILLA, J.A., “Derecho al patrimonio digital. Bienes digitales y datos como bienes”, en AA.VV. *Comentario al Reglamento General de protección de datos y a la Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, (Troncoso Reigada, A., dir.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 4341-4353.

7 Acerca del contenido digital encontramos una pormenorizada sistematización de su contenido en NAVAS NAVARRO, S., “Herencia y protección de datos de personas fallecidas”, *Revista de Derecho Privado*, N°1, 2020, pp. 63 a 65.

8 LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F de A., *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, V, Barcelona, Bosch, 1988, p. 12.

9 OTERO CRESPO, M., “La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, N°. 4, (octubre-diciembre), 2019, p. 90, alude a esa intersección normativa como el “triángulo de oro” que para algunos reconduce al denominado “Derecho de la economía digital”.

En este sentido, la manifestación más reciente de la intersección entre el Derecho de sucesiones y el Derecho de contratos, se encuentra en los contratos suscritos entre usuarios y prestadores de servicios de la sociedad de la información tales como redes sociales, plataformas de contenido audiovisual (Spotify, Netflix), servicios de almacenamiento en la nube, o tiendas de distribución digital (iTunes, Amazon, etc.)¹⁰.

Se trata de ámbitos jurídicos muy próximos, pero que responden a realidades diferentes, pues la primera tiene por objeto regir la transmisión *mortis causa* del patrimonio del causante, dando preferencia a la voluntad unilateral de este último, y la segunda se funda en la autonomía de la voluntad de las partes para regir sus relaciones patrimoniales *inter vivos*, construida sobre el acuerdo de voluntades.

La tensión entre ambos Derechos se pone de manifiesto incluso en sistemas que no permiten los contratos sucesorios como modo de delación sucesoria, por cuanto la incidencia del Derecho de contratos opera por otra vía. En la mayoría de los contratos con los prestadores de servicios se estipula que, tanto la posición jurídica como el contenido que constituye su objeto, tengan un carácter personalísimo mediante la estipulación de su extinción y, consecuente, intransmisibilidad en caso de fallecimiento del contratante. De esta forma mediante un pacto contractual se excluye el posible destino sucesorio de tales activos.

Así las cosas, lo que parecería claro que, en principio, el heredero se colocase, en la posición jurídica del causante, debe matizarse diciendo que será así salvo que en el contrato se establezca lo contrario¹¹. Lo relevante, por tanto, reside en determinar si la relación jurídica que se suscribe tiene o no la consideración de personalísima, puesto que de ello dependerá que el heredero pueda subrogarse en la posición jurídica del causante, de forma que si es personalísima es intransmisibile¹² y no habría margen de planificación sucesoria respecto de la misma.

Y lo dicho alcanzaría no solamente a los servicios contratados sino también a los contenidos digitales que facilitan los prestadores, debiendo analizar al efecto qué tipo de derecho se adquiere respecto de los mismos. Por todo ello, resulta claro que estamos hablando de una doble realidad, de un derecho de propiedad plenamente transmisible frente a un derecho obligacional, como es una licencia de uso¹³, que puede configurarse como intransmisibile.

Para poder comprender mejor cómo opera lo señalado, debemos partir de que los contratos suscritos con prestadores de servicios tienen la naturaleza de contratos de adhesión no negociados personalmente con el usuario. La manera más común en la que estas se manifiestan en la esfera digital son los TOSA¹⁴ (“terms of service agreement”), los cuales no serían más que condiciones generales de contratación, y determinarían la intransmisibilidad del derecho sin que la misma responda a una auténtica necesidad derivada de la naturaleza de los derechos, ni tampoco a una verdadera negociación, sino exclusivamente a los intereses, no siempre dignos de protección, de la empresa prestadora del servicio. Esta situación es, además, un problema global, pues los operadores de servicios

10 OTERO CRESPO, M., op. cit., p. 99.

11 GINEBRA MOLINS, M.E., “Voluntades digitales en caso de muerte”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, Nº 1, 2020, p. 917.

12 ZUBERO QUINTANILLA, S., *Testamento y contenidos digitales*, Madrid, Reus, 2023, p. 174.

13 SANTOS MORÓN, Mª J., “La denominada “herencia digital”: ¿Necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.10, Nº 1, 2018, p. 422.

14 GINEBRA MOLINS, M.E., op. cit., p. 917.

trabajan a través de compañías con sucursales en múltiples territorios, bajo la normativa de múltiples Estados y, por lo tanto, de muy diferentes jurisdicciones, evidenciando la necesidad de una regulación nacional que además esté armonizada a nivel internacional¹⁵.

Ahora bien, lo dicho hasta ahora no es la única característica que debemos destacar de este tipo de contratos, sino también el dinamismo de su contenido que suele traducirse en que el propio prestador de servicios se reserva la posibilidad de modificar las condiciones de uso, incluida su eventual transmisión.

A todo lo anterior se añade el hecho de que algunos prestadores de servicios han incorporado herramientas para la planificación de la sucesión digital (como la designación de un administrador de cuenta en Google, el “contacto de legado” en Facebook o el “representante digital” en Apple). El acceso a la cuenta o a los datos digitales queda condicionado a lo dispuesto en los TOSA, por lo que la introducción de estas figuras, en vez de ayudar, puede frustrar la voluntad presumible del causante y dificultar la gestión de su legado digital. AGUAS VALERO apunta la imprecisión que se deriva de la utilización errónea de expresiones por los prestadores de servicios porque si bien por ejemplo utilizan el término “legado” no se refieren a esa institución sucesoria¹⁶. En esta misma línea, consideramos que, en la medida en que excedan del papel de meras herramientas de comunicación y pretendan convertirse en medios necesarios para la sucesión en los derechos digitales resultarían inadmisibles en cuanto chocan tanto con las exigencias formales específicas para la designación de sucesor, como con la prohibición de contratos sucesorios fuera de los excepcionales supuestos permitidos por el legislador.

Un segundo límite a la autonomía de la voluntad en la esfera digital, derivaría, precisamente, de la necesidad de articular la subrogación de los herederos en todas las posiciones jurídicas de sus causantes con la protección de los derechos de la personalidad de los mismos, en especial, con el derecho a la intimidad y al secreto de sus comunicaciones.

En esta línea, tenemos que partir del derecho de los herederos, como sucesores *mortis causa*, a acceder a los contenidos digitales y a las cuentas del causante. Pues en este segundo escenario también se pueden ver comprometidos tanto el derecho a la intimidad del *de cuius* como el de terceras personas o verse vulnerado el secreto de las comunicaciones entre otros derechos fundamentales.

En la vigente LOPDGDD la regla general es la de dar preferencia al acceso por parte de familiares y demás personas allegadas al causante, frente a la protección de la intimidad o privacidad de la persona y de aquellos con quienes se haya comunicado digitalmente¹⁷.

Así, aunque el derecho a la intimidad, en tanto derecho de la personalidad, se extingue con la muerte, subsisten medidas destinadas a la tutela de la memoria del fallecido. El acceso reconocido a familiares y allegados no puede, por tanto, ser ilimitado, pues debe evitar colisiones con otros derechos fundamentales.

Además, consideramos que, en la articulación de dicha defensa, debe tener un papel preponderante la voluntad del propio causante, de forma que la condición de heredero no sólo implica la subrogación en todas las posiciones jurídicas del *de cuius*, sino también

15 ORDELIN FONT, J.L. y ORO BOFF, S., “Bienes digitales y sucesión mortis causa: la regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXXIII, Nº 1, junio, 2020, p.124.

16 AGUAS VALERO, G., “El testamento digital”, *Revista de Derecho Aragonés*, XXVIII., 2022, p. 79.

17 OTERO CRESPO, M., op. cit., p. 120.

la posibilidad de ejercer acciones dirigidas a la protección de la personalidad pretérita del mismo siempre que así lo considere tal y como lo establece el art. 4 de la LOPDH.

Por su parte, el legislador de la LOPDGDD confiere una muy amplia legitimación, pudiendo evidentemente resultar lesivo que cualquier persona, vinculada al fallecido por razones familiares o de hecho, pueda obtener acceso a los datos de esta. En este sentido la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha declarado que un acceso tan amplio solamente debe darse respecto de los datos de carácter patrimonial o para defender su honor, intimidad e imagen pretéritas¹⁸.

Una vez más se trata de una cuestión absolutamente casuística. Los conflictos legislativos que puedan surgir en este ámbito se han de solucionar a través de la ponderación, atendiendo a las circunstancias de cada caso, de los derechos fundamentales, justificando qué derecho se ha de priorizar. Siempre teniendo en cuenta que dicha ponderación se puede hacer respecto de los contenidos digitales, pero no respecto de los datos, pues el art. 3 al que corresponde su regulación es mucho más restrictivo¹⁹.

Finalmente, además de los límites antes apuntados, podemos examinar los que resultan del Derecho positivo, por lo que es preciso observar el tratamiento de la cuestión en la vigente LOPDGDD, que, como hemos venido anticipando, se refiere a ello en dos preceptos: los artículos 3 y 96 LOPDGDD.

Son muchos los autores que realizan críticas al art. 96 LOPDGDD, el cual literalmente consagra el derecho al “testamento digital” que, tal y como pone de manifiesto OTERO CRESPO, se trata de un instrumento normativo que reconoce a los sujetos la posibilidad de decidir sobre el destino de los contenidos digitales²⁰. No es realmente un derecho a un testamento digital en cuanto al medio utilizado para otorgarlo, pues realmente no existe tal cosa²¹, sino más bien un testamento en el que se dispone sobre el derecho de acceso a los contenidos gestionados por los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Ahora bien, la expectativa creada con el título del art. 96 no se ve cumplida con su contenido, dado que en su texto no da una preferencia clara a la voluntad del titular expresada en testamento. Es más, la LOPDGDD, en ambos preceptos, parte de una regla general de acceso por defecto a todos los contenidos digitales y datos personales del fallecido, y lo hace otorgando una legitimación excesivamente amplia y sin establecer ningún tipo de prelación entre las personas legitimadas²² para su solicitud. Esta inexplicable e impropcedente amplitud, así como la falta de prelación atribuida a los herederos son la razón última que motiva nuestra crítica.

18 MORALEJO IMBERNÓN, N. “El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, fasc. I, 2020, pp. 249 y 250.

19 ZUBERO QUINTANILLA, S., op .cit., p. 157.

20 OTERO CRESPO, M. op. cit, p. 119.

21 En cuanto testamento efectuado por medios telemáticos, con la única excepción del testamento otorgado y autorizado notarialmente por videoconferencia en situación de epidemia declarada mientras dure la obligación de confinamiento del art. 17 ter de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, tras su reforma por Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos.

22 GINEBRA MOLINS. M.E., op. cit., p. 909.

En este sentido, una norma en cierta medida antecedente, la LOPDH sí prioriza el acceso de la persona designada por el causante, de manera que sí restringe y da una pauta de prelación en cuanto a los derechos de los legitimados²³.

Pero, es más, no únicamente se produce esa falta de prioridad, sino que además parecería lógico que la regla general en lo que afecta a los derechos fundamentales, no así en los activos digitales de contenido patrimonial, fuese la de no acceso, de forma que la designación del titular además de determinar la prioridad, fuese también el único cauce para atribuirles ese acceso a los datos y contenidos de carácter extrapatrimonial. En tal sentido, son muchos los autores que coinciden en la idoneidad de que la regla general fuese la de no acceso, pues la amplia legitimación que establece la ley se traduce en un límite a la autonomía de la voluntad del *de cuius*. El proporcionar un acceso indistinto, a excepción de que se haya dispuesto otra cosa por el causante, puede incluso vulnerar su esfera más íntima. Todo ello, ligado al desconocimiento generalizado que la falta de formación digital ocasiona, puede dar entrada a personas que no sean idóneas para la gestión de este tipo de activos²⁴.

Asimismo, la LOPDGDD no contiene regulación específica en la que establezca un principio de prevalencia de la voluntad del causante frente a las condiciones generales establecidas por los prestadores de servicios. Existen diversas razones para establecer una regla en tal sentido, abstracción hecha del posible carácter abusivo de las normas, debiendo destacarse que los derechos de la personalidad deben quedar fuera del comercio de los hombres y no limitados por pactos contractuales y que, la aplicación de una regla contractual general de no acceso por los prestadores de servicios podría desembocar en el desconocimiento de algunos de los activos digitales que deberían componer el patrimonio hereditario perjudicando así los derechos de los herederos²⁵ y de terceros como los acreedores. Si bien, siempre quedaría la posibilidad de solicitar una orden judicial a tal fin la cual tendría que ponderar la primacía de la privacidad del *de cuius* o la salvaguarda de los derechos de los sucesores.

3.1. El testamento como cauce para la sucesión digital

Una parte de la doctrina califica los derechos digitales como una cuarta generación de derechos humanos²⁶, y en este mismo sentido ORDELÍN FONT y ORO BOFF conciben el derecho al testamento digital como una de las principales novedades aportadas por el ordenamiento jurídico español en materia de bienes digitales, que, en sus palabras, “*implica la posibilidad de disponer de estos luego del fallecimiento de su titular*”²⁷.

Ahora bien, dada la patente desconexión entre la LOPDGDD y el CC, así como la inobservancia de un desarrollo reglamentario del primer texto legal, son numerosas las cuestiones que surgen al respecto²⁸.

23 ZUBERO QUINTANILLA, S., op. cit., pp. 72 y 73.

24 ZUBERO QUINTANILLA, S., op. cit., p. 75.

25 ZUBERO QUINTANILLA, S., op. cit., p. 217.

26 ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F., “Testamento digital”, en AA.VV *Testamento ¿digital?*, (coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló), Juristas con futuro, España, 2016, p.37.

27 ORDELÍN FONT, J.L. y ORO BOFF, S., op. cit., p. 120.

28 BERROCAL LANZAROT, A.I., “Disposición mortis causa de los datos digitales. El llamado «testamento digital»”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°783, 2021, p. 575.

En primer lugar, cabe preguntarse si el testamento tradicional es el instrumento efectivamente idóneo para dar cauce a la planificación sucesoria en la esfera digital o, por el contrario, la solución es un “testamento digital”, concebido como algo autónomo o como una modalidad dentro del propio “testamento tradicional”.

En consonancia con lo anterior, podemos afirmar que es evidente que este tipo de negocio jurídico es un cauce idóneo para disponer del patrimonio de naturaleza económica, ahora bien ¿lo es para todo el patrimonio digital?

3.1.1. Contenido

Admitida, con las limitaciones antes apuntadas, la posibilidad de planificar la sucesión en la esfera digital, como sucesión *mortis causa* pura en el ámbito de los bienes y derechos digitales de contenido patrimonial y como atribución por voluntad del causante del acceso a los datos personales, resulta ineludible examinar cuál es el cauce formal más adecuado para llevarlo a cabo.

La rúbrica del art. 96 LOPDGDD parece orientar ya la respuesta al referirse al “derecho al testamento digital”. En este sentido, la gran mayoría de los juristas que se han dedicado al estudio de la cuestión que nos ocupa coinciden en el mal uso del término “testamento digital”²⁹, pues no hay duda de que para hacer disposiciones sobre los bienes digitales se debe acudir en todo caso al testamento ordinario³⁰, pues, en realidad no hay otro testamento. Es importante incidir en la distinción terminológica, pero también en la conceptual y jurídica entre testamento digital y testamento *online*³¹, referido el primero a las disposiciones relativas a bienes digitales en un testamento clásico; y el segundo a la posibilidad del otorgamiento de un testamento por medios electrónicos.

A nuestro juicio, este segundo tipo debe ser desechado por no encajar con el sistema formalista de nuestro ordenamiento jurídico, salvo en el caso del testamento otorgado ante notario por videoconferencia en situación de epidemia declarada mientras dure la obligación de confinamiento regulado en el art. 17 ter de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, por lo que resulta necesario centrarnos en examinar el primer supuesto.

Así delimitado nuestro análisis se puede colegir que la denominación empleada por el legislador es altamente criticable. En este sentido CÁMARA LAPUENTE pone de relieve lo incorrecto de la expresión de “testamento digital” del art. 96 LOPDGDD, porque parece aludir a algo que en realidad no existe³², no es una forma diferente de testamento respecto de los enumerados en el art. 676 y concordantes del CC, sino que es simplemente un derecho o garantía para que, por vía testamentaria, pueda el causante otorgar a determinadas personas el acceso a sus contenidos digitales³³. Es por ello, que cuando utilizamos el calificativo “digital” para referirnos a un testamento, realmente es-

29 SANTOS MORÓN, M^a J., op. cit., p. 414.

30 En este contexto se ha intentado implementar soluciones *ad hoc*, como el Registro de Voluntades Digitales de Cataluña [creado por la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña, (BOE N^o 173, de 21 de julio de 2017)], declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en 2019 [STC 7/2019, de 17 de enero, (ECLI:ES:TC:2019:7)], lo que refleja la dificultad de incorporar nuevas realidades jurídicas sin el necesario respaldo normativo.

31 ORDELIN FONT, J.L. y ORO BOFF, S., op.cit., p. 124.

32 CÁMARA LAPUENTE, S. “La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 59, p. 411.

33 *Ibidem*

tamos apelando a los aspectos o contenidos digitales del propio testamento clásico no a otra modalidad de su otorgamiento.

Aceptado lo anterior, es evidente que cualquiera de las formas testamentarias son idóneas para el fin que se persigue³⁴. En este sentido, aunque el art. 96 LOPDGDD en su título parece referirse únicamente al testamento digital, en su contenido no limita el medio para realizar la designación del sucesor, de forma que si es un medio admitido por el ordenamiento jurídico a otros fines sucesorios también lo será a los de la sucesión en la esfera digital.

No obstante, volviendo al testamento, si tenemos en cuenta que su función principal es dejar constancia de la última voluntad y que ésta puede extenderse indiscutiblemente a la esfera digital, no hay duda de que es el cauce adecuado para establecer la ley de la sucesión en tal ámbito. Teniendo en cuenta que si el causante no dispone nada en concreto acerca de los mismos, correrán el mismo destino que el resto de bienes³⁵, matizado por el efecto de los arts. 3 y 96 LOPDGDD.

Así no cabe duda de que por la vía de otorgar un testamento una persona puede determinar quién será su sucesor en sus activos digitales transmisibles *mortis causa*, especialmente de carácter patrimonial.

Tampoco suscita duda que cuando el causante dispone de manera expresa ciertas prohibiciones con respecto al destino de sus bienes digitales éstas, por norma general, no se pueden transgredir, pues de acuerdo con el vigente CC ha de prevalecer en todo caso la voluntad del *de cuius*, aspecto que se refuerza en el art. 96.1.a) párrafo segundo LOPDGDD.

El causante también puede nombrar un albacea, figura a la que nos referiremos con mayor profundidad más adelante, en aras de ejecutar su última voluntad, que expresamente el art. 96.1.b) LOPDGDD extiende de forma expresa al ámbito digital. Si no hay designación de albacea por parte del causante, habrá que estar a lo dispuesto por la ley.

Además, el *de cuius* puede establecer otras disposiciones no estrictamente sucesorias relativas a la designación de personas legitimadas para proteger sus datos personales o su personalidad pretérita. En este sentido, se deben entender las previsiones del art. 3 LOPDGDD en el ámbito de la protección de los datos personales y del art. 4 LOPDH en la protección de los derechos fundamentales objeto de la misma.

Por el momento, debe destacarse que este art. 4 LOPDH es especialmente claro en dos extremos. En primer lugar, al disponer que debe realizarse en testamento la designación de la persona que ha de proteger la *memoria defuncti*, y que, por lo tanto, podrá ejercer las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida. Y, en segundo lugar, al dar clara prevalencia a la persona designada al efecto, de forma que sólo a falta de esta designación expresa o en caso de su fallecimiento, corresponderá la legitimación a determinados familiares y, en último término, al Ministerio Fiscal.

Esta claridad no se puede predicar, sin embargo, del art. 3 LOPDGDD en ninguno de esos dos aspectos. Es verdad que, respecto del primero, la referencia que hace a que el legitimado es el heredero conlleva indirectamente la utilización de una vía adecuada para nombrarlo que, aplicando la normativa del Derecho de sucesiones, nos lleva nuevamente

34 Sin desconocer que en algunos Derechos forales existen otros instrumentos, como el codicilo o la memoria testamentaria o, incluso, los pactos sucesorios, que también pueden resultar útiles al respecto.

35 GINEBRA MOLINS. M.E., op. cit., p. 918.

al testamento³⁶. Pero, respecto del segundo aspecto, la LOPDGDD introduce un esquema de legitimación amplio para acceder, rectificar o suprimir los datos personales del fallecido³⁷. Determina, en definitiva, quién puede subrogarse en el ejercicio de los derechos ARCO del causante³⁸. El legislador atribuye esta facultad a “*las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos*”³⁹, lo cual ha sido objeto de crítica por su ambigüedad y amplitud, ya que puede generar, como hemos avanzado, conflictos prácticos y jurídicos entre múltiples personas potencialmente legitimadas.

Al respecto cabe destacar que una lectura literal nos llevaría a considerar llamadas simultáneamente y en plano de igualdad a las personas vinculadas por razones familiares o de hecho y a los herederos, lo que implica simultanear un llamamiento legal y un llamamiento voluntario en pie de igualdad. Entendemos que dicha interpretación resulta contradictoria con el Derecho de sucesiones. Si el causante ha querido designar un continuador de sus relaciones jurídicas es su voluntad la que debe prevalecer pudiendo ser las previsiones legales meramente supletorias o integradoras de la misma. Y ello es así cuando se limita a designar heredero en general, pero alcanzaría el absurdo si no se aplicase cuando existiese una previsión expresa por el causante que encajase en lo previsto en el art. 3.2 LOPDGDD, ya que nuevamente en este apartado no se indica prelación de llamamiento, por lo que debe entenderse que la misma resulta del régimen general de la sucesión.

Esta línea argumental se refuerza con el art. 3.2 en su segundo párrafo al consagrar que el causante por su sola voluntad puede prohibir el acceso a las personas designadas legalmente, lo que acredita que se trata de una materia disponible. En consecuencia, esa disponibilidad *mortis causa* determina la prevalencia de la voluntad de la persona en el orden de llamamiento de los legitimados para solicitar el acceso a los datos personales del testador y, en su caso, su rectificación o supresión, lo que determina que el mismo sería el siguiente: en primer lugar, el llamado por una disposición específica o a título singular; en segundo lugar, el instituido heredero, es decir, el heredero testamentario; y finalmente, a falta de personas nombradas o en defecto de las mismas, las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o los herederos intestados⁴⁰. Es decir, la misma designación por vía testamentaria como continuador de las relaciones jurídicas implica una exclusión de otras personas para tal fin.

Todas estas posibilidades dispositivas evidencian que el alcance de la autonomía de la voluntad del *de cuius* a este respecto es igual de amplio que las instituciones sucesorias clásicas, lo que permite también utilizar los diferentes medios de llamamiento o designación de sucesores, incluso con sustituciones vulgares o fideicomisarias.

i. La institución de heredero

La institución de heredero es una figura clásica de Derecho sucesorio y, como tal hemos de analizar su encaje respecto de la realidad digital que nos rodea. No sería correcto utilizar el término “heredero digital”, siguiendo la línea doctrinal anteriormente expuesta que

36 Salvo en los ordenamientos jurídicos forales en que quepa la designación por pacto sucesorio y salvo siempre que se trate de un heredero intestado.

37 CÁMARA LAPUENTE, S., op. cit., p. 423.

38 PALANCO CÁRDENAS, C., “La transmisión por causa de muerte del patrimonio digital”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 20 bis, (junio), 2024, p. 648.

39 OTERO CRESPO, M., op. cit., p. 115.

40 OTERO CRESPO, M., op. cit., p. 115.

establece la imprecisión que supone el uso del “apellido digital” para referirse a instituciones clásicas esperando que el cambio en el continente suponga también un cambio en el contenido. Ahora bien, en esta esfera tecnológica o digital sí resulta coherente señalar algunas de las particularidades que presenta la institución de heredero desde una doble perspectiva: por un lado, la que se refiere a su función como sucesor universal, del activo y del pasivo del caudal hereditario y, por otro lado, la que tiene en cuenta su posición frente al tratamiento de los datos personales del causante.

En primer lugar, conviene recordar que el heredero sucede al causante a título universal, de acuerdo con el art. 661 CC, lo que implica la transmisión tanto de derechos como de obligaciones⁴¹. Su responsabilidad es ilimitada o de carácter *ultra vires hereditatis*, lo que quiere decir que, una vez que acepta y se subroga en la posición del *de cuius*, tiene lugar un cierto efecto retroactivo que supone que todas las acciones del causante se consideran hechas por el heredero. En el entorno digital esto puede traducirse en el acceso a bienes digitales patrimoniales como criptomonedas, derechos de autor sobre contenido en línea o monetización de canales digitales. Pero también en la asunción de pasivos como pueden ser las deudas derivadas de juegos *online*, las suscripciones a servicios no cancelados, etc.

Ante esta realidad, cobra especial relevancia la posibilidad de aceptar la herencia a beneficio de inventario, especialmente en contextos donde el patrimonio digital del causante, tanto en sede de activo como de pasivo, no esté claramente identificado o evaluado, lo cual, por lo demás, es el supuesto más típico.

Ahora bien, el heredero no siempre actúa como ejecutor directo de la voluntad del causante. Puede existir una distinción efectiva entre el beneficiario de los derechos digitales (quien hereda un contenido o activo) y el ejecutor de su voluntad (quien gestiona su cumplimiento, que puede ser también un albacea o representante digital designado). En este sentido, hemos de referirnos a figuras como el “representante digital”⁴² previsto ya por algunos prestadores de servicios, así, por ejemplo, Apple⁴³ en su política, que permite delegar de forma expresa esa gestión *post mortem*, reforzando la necesidad de una planificación anticipada por parte del testador. No obstante, aunque después volvamos sobre el tema, no podemos menos que señalar que son soluciones discordantes con nuestro sistema jurídico, pues no cabe un representante *post mortem* a quien puede atribuirse esa legitimación, sino que se trataría siempre de un albacea o ejecutor que debe ser designado testamentariamente.

En definitiva, la regla general para los herederos sería la posibilidad de acceso, aunque sería deseable una mayor claridad. A este respecto, resulta muy útil la comparación con la legislación francesa (LIFL, 2016), que establece una regla clara: los herederos sólo podrán actuar respecto a los datos personales del fallecido en defecto de instrucciones expresas dadas por el mismo. Este enfoque otorga prevalencia absoluta a la voluntad del causante, y en el supuesto de falta de previsión, faculta a los herederos a intervenir.

En todo caso, también en nuestro ordenamiento, debe mantenerse la idea fundamental de la preeminencia absoluta de la voluntad del causante. Si este no ha designado expresamente a una persona para ejecutar sus voluntades digitales, entonces el heredero

41 CÁMARA LAPUENTE, S., op. cit., p. 421.

42 ZUBERO QUINTANILLA, S., op. cit., p. 187.

43 <https://support.apple.com/es-es/102631>

debe considerarse el ejecutor natural de su última voluntad, en ausencia de albacea, actuando dentro de los límites y garantías establecidos legalmente.

Consiguientemente, cabe concluir que la sucesión digital impone un replanteamiento funcional de la figura del heredero, que pasa de ser simplemente perceptor de bienes, a tener un papel activo en la ejecución, protección y, en su caso, extinción de la identidad digital del *de cuius*, en un entorno donde su actuación puede verse limitada tanto por el marco legal como por condiciones contractuales impuestas unilateralmente por los prestadores de servicios digitales.

ii. El legado

Continuando con el análisis del encaje de las instituciones sucesorias clásicas, no hay duda alguna de que el legado deviene útil a la hora de planificar la sucesión en la esfera digital. De la misma forma que se puede disponer la sucesión en bienes y derechos de contenido patrimonial concretos en favor de una o varias personas, separándolos del caudal relicto general, no existe motivo alguno para que no pueda efectuarse lo mismo respecto de contenidos digitales diversos o de la atribución de las facultades de defensa de la personalidad en función del concreto derecho afectado o de los servicios digitales a que se refiera.

Los motivos para la utilización del legado en la esfera digital son los mismos que fuera de ella, desde la liberación de la responsabilidad por deudas a la posibilidad de que los legatarios queden fuera del haber partible y, en consecuencia, de todo el proceso de partición⁴⁴. Ahora bien, su uso más interesante es precisamente la “ampliación” de la facultad testatoria, que permite a quien lo otorga no entregar necesariamente la totalidad de su patrimonio digital a una misma persona, sino que puede, siempre que su objeto lo permita, hacer disposiciones sobre el mismo de manera individual o por separado.

Ahora bien, una vez más, teniendo en cuenta la efectiva intersección con el Derecho de contratos, es imprescindible que los bienes que sean objeto de legado también cumplan con los requisitos de transmisibilidad *post mortem* en el caso de que formen parte del contenido de un contrato con un prestador de servicios digitales. En este sentido, para determinar si es válida la disposición en la que el testador establece “lego a mi hijo mi cuenta de Spotify”, será necesario analizar la naturaleza del contrato entre el causante y en este caso la plataforma Spotify, de manera que, si se trata de una cesión de un derecho de uso vitalicio, esta relación se extinguirá con la muerte del causante.

Finalmente, resulta oportuno señalar que los mismos motivos que puede haber fuera de la esfera digital para acudir a la imposición de obligaciones, llamamientos alternativos o sucesivos, sujeción a condición, término o modo o cualesquiera otras variantes del ejercicio de la autonomía de la voluntad en la planificación sucesoria, cabe trasladarlas a dicha esfera, siendo plenamente aplicables en la misma. Un ejemplo de ello es el supuesto del nombramiento de un albacea.

iii. El albacea

El albacea es la última de las instituciones clásicas del Derecho sucesorio objeto de análisis en el presente trabajo, pues como ejecutor de la voluntad testamentaria tiene gran

44 Lo que es especialmente útil en legislación con legítima *pars valoris*, como Galicia y Cataluña, en la que se puede facultar al legatario para tomar por sí posesión del legado

trascendencia en este ámbito, pudiendo resultar muy útil la diferenciación de funciones entre un gestor del proceso de sucesión digital, con conocimientos técnicos específicos al respecto, y los meros beneficiarios como sucesores en el mismo.

Antes que nada, en lo relativo al encaje de esta institución en la realidad actual, es preciso comenzar apuntando que para cumplir con la legalidad no puede haber un albacea sin testamento⁴⁵. Esta afirmación, como ya se ha expuesto anteriormente, evidencia que no se debe confundir esta figura con instituciones ajenas a nuestro Derecho como es el ya referido “representante digital” de Apple⁴⁶. En segundo lugar, resulta importante añadir, siguiendo a ZUBERO QUINTANILLA, que calificar de “digital” a esta figura resulta totalmente irrelevante mientras no se produzca una adaptación por tal causa de su contenido, pues es preciso ir más allá de un simple cambio en su denominación. En consonancia con ello, en palabras de ORDELIN FONT y ORO BOFF, el albacea digital no tiene ninguna diferencia respecto del albacea tradicional excepto por el tipo de bienes que gestiona⁴⁷, sería, por tanto, un albacea a título particular limitado al cumplimiento de la voluntad del causante en la esfera digital.

Sentado lo anterior, cabe apuntar que, aunque en la historia más reciente y en relación con las herencias analógicas, que por ahora siguen siendo las más frecuentes, es una figura poco utilizada, cuenta con una muy extensa regulación en nuestro CC. De los preceptos que la regulan se infieren los caracteres de personalismo, voluntariedad, temporalidad y gratuidad que delimitan las funciones inherentes a este cargo. Más concretamente, las facultades clásicas del albacea se encuentran recogidas en el art. 902 CC y como es lógico no hay ninguna mención expresa a la gestión de los datos y contenidos digitales del finado. Pero de toda su regulación y de su propia función clásica resulta su potencial utilidad en la esfera digital, pues una o varias personas que faciliten la transición de los bienes y derechos digitales hacia los sucesores en los mismos es una buena solución en muchos supuestos.

En esta línea, el art. 96 LOPDGDD y una interpretación al amparo del art. 3.1 CC permiten afirmar la importancia del papel del albacea en la sucesión en la esfera digital. En este punto ZUBERO QUINTANILLA considera que resulta necesario que conste en el testamento de manera expresa una alusión a la atribución al albacea de la facultad de solicitar el acceso a los contenidos digitales, de lo contrario el art. 96 estaría incorporando una nueva facultad al albacea a las previstas en el art. 902 CC, lo que valora como una interpretación insostenible⁴⁸. De seguirse esta línea de pensamiento el sustento del albaceazgo digital se encontraría en la autonomía de voluntad del *de cuius*, de forma que si quiere tener un ejecutor efectivo de su voluntad testamentaria, deberá nombrarlo expresamente y establecer sus funciones.

Sin embargo, no compartimos esta interpretación, por cuanto el art. 96 LOPDGDD es claro al atribuir tal facultad al albacea testamentario, sólo exigiendo respecto de otras personas o instituciones que el fallecido las haya designado expresamente para ello y, precisamente una ley, que en este punto tiene el carácter de ley ordinaria⁴⁹, es el cauce

45 ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F., op. cit., p.33.

46 Al respecto cabe, por tanto, afirmar que ese pretendido representante no puede ser un apoderado en cuanto sería un poder con efectos *post mortem* ni un albacea por ser su designación extratestamentaria, por lo que resulta muy difícil su encaje en nuestro ordenamiento jurídico.

47 ORDELÍN FONT, J.L., y ORO BOFF, S., op. cit., p. 127.

48 ZUBERO QUINTANILLA, S., op. cit., p. 258

49 Disposición final primera LOPDGDD.

hábil para aumentar las facultades legalmente atribuidas al albacea. En consecuencia, consideramos que el albacea testamentario por el sólo hecho de su nombramiento como tal tiene las facultades atribuidas en el art. 96 LOPDGDD, sin perjuicio de que el testador en ejercicio de su autonomía de la voluntad pueda excluirlas para, por ejemplo, atribuírselas a otras personas.

Por consiguiente, a la vista de todo lo expuesto, aunque pueda ser innecesario como hemos defendido, no deja de ser conveniente que, cuando se designa un albacea en el contexto de la planificación de la esfera digital, se especifiquen sus funciones y, en especial, se decida si va a tener atribuciones como custodio de las claves privadas y contraseñas del causante. Sobre los aspectos formales o la manera en la que se puede proceder al depósito de las contraseñas, volveremos más adelante.

Por otra parte, parecería importante que la persona designada para ostentar este cargo tuviese conocimientos en el campo de la tecnología o la informática en aras de garantizar un mejor cumplimiento o ejecución de la voluntad del causante. Ahora bien, aun cuando la exigencia de un conocimiento técnico no supondría una desnaturalización de la figura del albacea, la mayor parte de la doctrina coincide en que esto no parece necesario pero lo hace, matizando la necesidad de que quien desempeñe este cargo conozca el alcance de su misión⁵⁰.

El albacea puede designarse bien a título universal o bien particular. Respecto de la conveniencia de una u otra figura⁵¹ parece claro que el nombramiento de un albacea universal englobaría la posibilidad de gestión tanto de datos como de contenidos del finado, y un albacea particular que tuviese una gestión demasiado delimitada podría quedar sin legitimación con respecto a la gestión más genérica de estos datos y contenidos.

Esto nos recuerda a lo observado en Derecho comparado francés, que en este ámbito regula la posibilidad de que las instrucciones a este respecto puedan ser generales o específicas, refiriéndose las primeras a todos los datos personales del titular y las segundas sólo a determinados datos registrados en proveedores de servicios particulares⁵².

El *de cuius* puede también nombrar una pluralidad de albaceas, debiendo determinar su régimen de funcionamiento y, en consecuencia, de responsabilidad por incumplimiento de sus funciones. Pero de nuevo no difiere en absoluto de lo dispuesto para la institución clásica de albacea, es por ello por lo que no nos detendremos en su análisis, sólo destacar que también se encuentra dentro de los límites de la legalidad que se efectúe la designación de dos albaceas con objetos de gestión distintos, separando los bienes tradicionales y los bienes digitales⁵³.

La regulación del CC atribuye la interpretación y ejecución de la voluntad testamentaria al heredero, con la salvedad de que cuando el causante haya designado un albacea, esta función le corresponderá a este y no al heredero. Por lo que en este texto legal y en materia de interpretación y ejecución de la voluntad testamentaria, podemos hablar de una evidente preferencia de la figura del albacea. Esto, sin embargo, dista mucho de lo recogido en la LOPDGDD⁵⁴, que reconoce legitimación en su art. 96 de manera expresa⁵⁵

50 ORDELIN FONT, J.L. y ORO BOFF, S., op. cit., p. 128.

51 ZUBERO QUINTANILLA, S., op. cit., p. 258.

52 Sobre este particular vid. ORDELIN FONT, J.L. y ORO BOFF, S., op. cit., p. 121.

53 ORDELIN FONT, J.L. y ORO BOFF, S., op. cit. p. 128.

54 CÁMARA LAPUENTE, S., op. cit., p. 420.

55 En concreto el art. 96 LOPDGDD establece que “El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones

tanto al albacea como al heredero, sin determinar cuál se debe entender con carácter prevalente. Pero de la misma forma que hemos defendido que el art. 96 amplía las facultades por defecto del albacea al ámbito digital, completando la regulación de la institución, esta misma integración normativa, que demuestra que no son dos figuras distintas el albacea tradicional y el digital, conlleva que deba aplicarse el indicado régimen general del CC y, por tanto, que la interpretación de la voluntad testamentaria en el ámbito digital corresponda preferentemente al albacea frente al heredero.

Lo dicho respecto del heredero debe trasladarse con más motivo a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho. Es verdad que la letra del art. 96 LOPDGDD de nuevo no es precisamente clara, e incluso si acudimos a la regulación anterior al RGPD (UE) en España, en materia de protección de datos, se mantiene la mención al albacea testamentario respecto del acceso a sus contenidos digitales al mismo nivel que las personas vinculadas por razones familiares o de hecho al fallecido. Pero si, como ya justificamos anteriormente al examinar la institución de heredero, los sucesores deben considerarse preferentes a las mismas y el albacea lo es al heredero, también lo es, por tanto, respecto de aquellas, al menos en lo referente a la interpretación del testamento. Con todo nuevamente debemos insistir en la conveniencia de hacer uso de la autonomía de la voluntad para, ante la falta de una clara prelación legal, establecerla por vía testamentaria.

Hasta ahora nos hemos estado refiriendo al papel del albacea en relación con el acceso a los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información, que regula el art. 96 LOPDGDD, el cual contempla expresamente su función, partiendo de que existe como mínimo una actuación expresa del titular en vida como es la elección y nombramiento del mismo, pero que también puede extenderse a la fijación de unas directrices que guiarán su actuación⁵⁶. Cabe preguntarse si su función se extiende también al acceso a los datos personales y, en su caso, su rectificación o supresión, toda vez que el art. 3 LOPDGDD que lo regula no efectúa una referencia expresa al albacea. La respuesta debe ser positiva toda vez que, aunque no se refiere directa y expresamente al albacea sí lo hace a “*las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello*”, es una definición que, a nuestros ojos, cuando en tales personas no se reúna la condición de sucesores, encajaría únicamente con la figura del albacea o ejecutor testamentario, por lo que podría trasladarse lo antes indicado también para este ámbito.

En definitiva y tras todo lo expuesto, coincidimos con ZUBERO QUINTANILLA, para quien en el albacea podría encontrarse efectivamente una solución al problema de la amplitud de legitimación sin precedentes de la LOPDGDD, pues plantea la posibilidad de recuperar una figura clásica a fin de que sea la persona encargada de inventariar, decidir y disponer sobre los activos digitales del causante⁵⁷.

3.1.2. Aspectos formales

El testamento como negocio jurídico *ad solemnitatem* precisa del cumplimiento de una serie de requisitos formales para su efectiva validez, si bien existen diversos tipos con evidentes divergencias formales.

recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones”.

56 OTERO CRESPO, M., op. cit., p. 122.

57 ZUBERO QUINTANILLA, S., op. cit., p. 255.

Sentado que el testamento es el negocio jurídico adecuado para planificar la sucesión en la esfera digital cabe preguntarse cuál o cuáles de las formas testamentarias resultan más adecuadas para ello.

La forma testamentaria más usada en la práctica para la ordenación de la sucesión en general es el testamento abierto notarial. Entre los requisitos que se han de observar, vamos a concentrarnos en uno que excede de lo puramente formal como es la necesaria presencia e intervención de un fedatario público, un notario, en consonancia con su naturaleza de instrumentalista de la última voluntad del firmante⁵⁸. La labor notarial va más allá, pues se integra del asesoramiento y el acercamiento de información al testador, muchas veces lego en derecho, para cumplir con las formalidades necesarias para su validez, en aras de la preservación y garantía de la seguridad jurídica.

Como consecuencia de la necesaria adaptación del Derecho, sus instituciones y la labor de los operadores jurídicos, a la realidad actual, son muchas las cuestiones que surgen alrededor de la figura del notario en el ámbito digital. En este mismo sentido LLUCH CERDÁ, se pregunta si los notarios están realmente preparados para proporcionar tales servicios de asesoramiento en dicha esfera y de igual modo si este servicio está contemplado en sus aranceles⁵⁹. Nos preguntamos cómo un notario que desconoce la naturaleza o cómo funcionan los criptoactivos, piénsese por ejemplo en las infinitas formas que pueden revestir los bienes digitales, podrá cumplir con su función de asesoramiento para con el testador que acude a su despacho y le interpela sobre cuál es la mejor manera de hacer disposiciones sobre los mismos.

LLOPIS BENLLOCH se plantea ¿qué puede hacer el notario en el mundo digital? ¿qué no puede hacer? y ¿qué debería hacer? Y llega a la conclusión de que hay asuntos digitales donde el notariado no llega y probablemente nunca va a llegar⁶⁰, pues tal y como establece ZUBERO QUINTANILLA no se puede pretender una desnaturalización de la labor del notario pues no deja de tratarse de operadores jurídicos que por mucho que se tengan que adaptar a la realidad actual no han sido formados para adquirir los conocimientos de un experto informático⁶¹. Aunque también cabe decir que a un experto informático le faltaría por contra los conocimientos necesarios para ordenar adecuadamente el proceso sucesorio. Por ello, la solución no creemos que sea suplir al notario por servicios digitales, porque la necesidad de obtener una aportación técnica no puede conllevar una pérdida de seguridad jurídica sino completar la actuación notarial con mecanismos elaborados por empresas tecnológicas que den solución a aquellos problemas a los que no llega el notariado y puedan proveer a la ciudadanía de un asesoramiento basado en un conocimiento real del campo a tratar.

En este sentido, una de las funciones esenciales que debe llevar a cabo el notario en el otorgamiento de cualquier documento público y, en especial, en el de los testamentos, consiste en la dación de fe de la identidad del testador y en la valoración de su capacidad. Aspecto este último reforzado por la Ley 8/2021, de 2 de junio en la nueva redacción del art. 665 CC al encomendar al notario que juzgue si el testador puede comprender y

58 OTERO CRESPO, M., op. cit., p. 120.

59 LLUCH CERDÁ, C. (2016) “El reto de la muerte digital...digna”, en [AA.VV Testamento ¿digital?](#), (coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló), Juristas con futuro, España., 2016, pp. 16 a 25.

60 LLOPIS BENLLOCH, J.C., “Con la muerte digital no se juega: el testamento on line no existe”, en [AA.VV Testamento ¿digital?](#), (coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló), Juristas con futuro, España, 2016, pp. 45 a 52.

61 ZUBERO QUINTANILLA, S., op. cit., p. 264.

manifestar el alcance de sus disposiciones y, a la vez, procure que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones, apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. Juicio de capacidad que deberá además realizarse necesariamente al tiempo de otorgar el testamento, como señala el art. 666 CC⁶².

Desde esta perspectiva debe examinarse la posibilidad, que está empezando a ser explorada por la doctrina a día de hoy, no sólo de los testamentos *online*, sino también de los testamentos autoejecutables, tratándose de un paradigma en el que la labor del notario cambiaría de manera radical. Han surgido empresas que ofrecen gestionar lo que denominan como “testamentos *online*”⁶³, haciendo referencia con esto a la gestión o custodia de los activos digitales del *de cuius*, desde sus contenidos, hasta sus claves de acceso. Como hemos venido anticipando, al tratar la contraposición conceptual de este tipo de testamento con el testamento digital, estas posibilidades de “testamentos *online*” no cumplen con uno de los requisitos *ad solemnitatem* básicos que comprometen la validez de la última voluntad del finado que es la presencia de un fedatario público. Es por ello que dichas empresas, solamente pueden hacer una labor de gestión pero no un servicio completo. La utilización de este tipo de servicios está completamente alejada de la seguridad jurídica, pues son volátiles, y los documentos por ellas elaborados en ningún caso pueden considerarse auténticos testamentos.

Realmente la figura de una empresa encargada de la gestión del acervo digital de una persona, es una solución que, aun siendo controvertida, es posible, pues no deja de tratarse de un contrato con efectos jurídicos *post mortem*⁶⁴. Ahora bien, esta configuración jurídica choca directamente con la prohibición del Derecho común de los pactos sucesorios, por lo que considerada de forma autónoma no sería admisible⁶⁵.

Ahora bien, también preocupa a los expertos el coste de este tipo de servicios, que en contraposición con el documento testamentario que tiene un coste aproximado de 50 euros en modalidad de pago único, este tipo de servicios tienen el mismo coste, pero en periodos anuales. Esta circunstancia contrasta con la voluntad del legislador de garantizar que cualquier persona pueda disponer de su patrimonio, incluido el digital, a través de instrumentos jurídicos accesibles y económicamente razonables.

Esta cuestión de startups innovadoras que custodian bienes digitales y, en especial, las contraseñas, ya es una realidad, hasta el punto de que actualmente podemos encontrar algunas como Legacy Locker o la española Tellmebye⁶⁶ que ya cuentan con usuarios que, partiendo de la parquedad normativa que caracteriza el panorama actual, eligen planificar a través de estos mecanismos el destino de su patrimonio digital⁶⁷.

62 Respecto de la capacidad jurídica y el testamento notarial vid. por todos ESPÍN ALBA, I., “CAPÍTULO 31. Disposiciones testamentarias y testamentos notariales”, en AA.VV *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad: estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, (coord. por Francisco Lledó Yagüe, María Pilar Ferrer Vanrell, María Ángeles Egusquiza Balmaseda, Francisco López Simó), Madrid, Dykinson, 2022, p. 896.

63 ZUBERO QUINTANILLA, S., op. cit., p. 265.

64 ORDELÍN FONT y ORO BOFF, op. cit., p. 134.

65 Sin perjuicio de que pueda ser factible en algunos Derechos forales.

66 DOMÍNGUEZ MERINO, O., “¿Cómo influye el testamento digital en el SEO?”, en AA.VV *Testamento ¿digital?*, (coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló), Juristas con futuro, España, 2016, p. 76.

67 Sobre la existencia de este tipo de empresas y los servicios que ofrecen vid. SOLÉ RESINA, J., “Las voluntades digitales: marco normativo actual”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXL, fasc. II, 2018, p. 422.

Esta autora además de mencionar y analizar las mismas startups a las que ya nos hemos referido, nos presenta una realidad que puede llegar a resultar inquietante pues a través del ejemplo de la web

En esta línea ZUBERO QUINTANILLA respecto del testamento *online*, continúa en la misma línea doctrinal que hemos venido exponiendo, y se acerca a esta cuestión aludiendo al escenario hoy inviable y, por tanto, con un resultado nulo, en el que se valora la posibilidad del otorgamiento del mismo por medios electrónicos sin la imperativa presencia del otorgante y el notario en la misma sala⁶⁸. La pregunta es si se puede ir más allá y llegar a prescindir del notario y con ello abrir una posibilidad para la disposición de voluntades en línea. En nuestro Derecho positivo el único testamento ordinario sin intervención notarial es el ológrafo, ¿realmente puede otorgarse un testamento de este tipo por medios digitales? Siendo requisito necesario que el testador disponga en su puño y letra de sus bienes, cabe preguntarse si cabe asimilar el otorgamiento en puño y letra a alguna manera de otorgamiento digital que se probase personalísimo. Por ahora se ha equiparado legalmente la firma digital con la manuscrita, pero no sucede lo mismo con la autografía del texto. No sería posible determinar ahora qué sistema de otorgamiento digital merecería la equivalencia con el otorgamiento en puño y letra del testador, a lo que se suma la dificultad de prevenir la suplantación de su identidad o la falta de capacidad o libertad del otorgante, y de resolver cómo se procedería a la necesaria adveración notarial del mecanismo utilizado.

Es verdad que algunos de estos interrogantes podrían encontrar una respuesta en nuestra normativa actual, teniendo en cuenta que el propio CC en lo relativo al testamento notarial cerrado sí establece la posibilidad de su redacción en soporte electrónico con firma electrónica reconocida, lo que conlleva la autenticación de dicha firma cuando proceda su apertura y protocolización; pero no debe olvidarse que, en este caso, no sólo el mismo procedimiento de otorgamiento del testamento implica que el testador haya afirmado ante notario que el testamento ha sido firmado por él, sino que además únicamente se necesita la autoría de la firma no del documento en sí⁶⁹. Ahora bien, se observa que en uno u otro punto del proceso de disposición *post mortem* de bienes, deviene necesaria la presencia notarial para su protocolización y plenos efectos.

A este respecto, se plantea, aunque de manera remota, una única opción en la que se podría prescindir del notario, esto es el otorgamiento de testamento con tecnología *blockchain*⁷⁰ a través de *smart-contracts*. Por la relevancia que está cobrando nos parece importante poner de relieve que se trata de una realidad que está siendo estudiada por los expertos, aunque dado el alcance de nuestro trabajo nos lleva a limitarnos a apuntar que la lógica detrás de esta posibilidad reside en que el hecho jurídico de la muerte del fallecido active la programación del testamento, en un formato de *smart-contract*, y produzca de manera automática la apertura de la sucesión. De esta manera la vocación y la delación hereditaria se activarán con este hecho, pero para la sucesión y la autoejecución se requerirá la aceptación del heredero. Esto hace que pueda resultar un mecanismo más adecuado para ordenamientos jurídicos de corte germánico en los que la condición de heredero se adquiere por la mera apertura de la sucesión, pues parece claro que en ellos la activación de la cadena de *blockchain* no se encontraría con obstáculos; sin embargo, en un sistema

Eternime, observamos la posibilidad de redes que crean bots o avatares digitales de las personas fallecidas permitiendo hablar con ellas después de muertas, para conseguir una suerte de eternidad, o como nos explica “vivir para siempre y no ser olvidado”.

68 ZUBERO QUINTANILLA, S., op. cit., p. 275.

69 Vid. arts. 706 y 707 CC.

70 ALMAN, S., HIRSH, S., *Blockchain*. Chicago, ALA Neal-Schuman, 2020.

de corte románico como es el español, los testamentos autoejecutables encontrarían más dificultades para una auténtica autoejecución⁷¹.

Por otro lado, cabe puntualizar que, aunque se ha comenzado analizando esta figura como una posibilidad que podría permitir prescindir de la intervención notarial, lo cierto es que conllevaría muchos más problemas que soluciones. Pues el elemento humano y la inmediatez con el notario resulta insustituible por ejemplo a la hora de llevar a cabo el juicio de capacidad e identidad y, lo que no es menos relevante, el asesoramiento jurídico. Ahora bien, si este mecanismo acabase por implantarse nos encontraríamos sin duda ante un cambio significativo de la labor notarial. Pasaría de ser un instrumentalista y custodio de la voluntad, a ser un verificador e integrador de estos sistemas digitales.

Observado esto, está claro que el testamento en sus diferentes formas efectivas, no es el único cauce posible para planificar la sucesión digital del individuo. Cabe destacar otros como el documento *ad hoc* extratestamentario⁷² de instrucciones previas en el ámbito de la salud, conocido coloquial y erróneamente como testamento vital; pero sobre todo las posibles opciones contractuales ofrecidas por los prestadores de servicios por internet.

A tal efecto cabe señalar que la calificación del tipo de contrato que se suscribe es muy diversa, puede tratarse de un contrato de servicios, de depósito o un arrendamiento de espacio⁷³. En algunos de estos contratos, por ejemplo, si tomamos el caso de Google, está prevista la posibilidad de la gestión de un legado digital. Desde que una cuenta se considera inactiva, se puede haber seleccionado una serie de contactos a los que notificar acerca de esta nueva consideración antes de que el administrador de las cuentas inactivas, proceda a ejecutar lo dispuesto por el titular. Google también prevé la posibilidad de que el causante no haya dispuesto nada, que creemos que es el supuesto habitual, en cuyo caso el prestador de servicios puede contactar con los familiares del finado a fin de cerrar su cuenta.

Se puede afirmar que la posibilidad efectiva del finado a la hora de hacer disposiciones sobre sus bienes digitales está siempre condicionada por el contrato firmado con las compañías prestadoras de servicios⁷⁴, coartando de manera evidente su autonomía de la voluntad en el negocio testamentario y constituyendo el primero de los límites a la misma, sin perjuicio de los límites legales con los que ya cuenta la facultad testatoria. Pero no sólo eso, sino que además en estos supuestos nuestra labor de delimitación del alcance de la autonomía de voluntad se torna más compleja pues puede ocurrir que existan instrucciones contradictorias⁷⁵ y haya que determinar de alguna manera una prelación de fuentes. A este respecto hay un vacío normativo en la LOPDGDD, que remite su desarrollo a un real decreto que todavía no se ha aprobado.

Es por ello que desde el principio de este trabajo hemos venido poniendo de relieve la patente intersección del Derecho sucesorio y contractual en esta esfera digital porque es uno de los principales obstáculos a las posibilidades del testador.

71 ARGELICH COMELLES, C., “Testamento blockchainizado, bienes digitales y extrapatrimoniales y herencia de activos digitales (NFT y criptomonedas)”, en la obra colectiva *Nuovi Paradigmi Della Filiazione*, Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Famiglie e delle Successioni, Roma, Sapienza, 2023, p. 888.

72 OTERO CRESPO, M., op. cit., p. 107.

73 ZUBERO QUINTANILLA, S., op. cit., p. 185.

74 ZUBERO QUINTANILLA, S., op. cit., p. 150.

75 OTERO CRESPO, M., op. cit., p. 123.

Ahora bien, también existen otros obstáculos o dificultades prácticas derivadas además de la propia naturaleza de los bienes digitales, de los contratos que dan origen a los mismos, los cuales, sin llegar a coartar la libertad dispositiva *mortis causa*, pueden restringirla y además incidir en la elección del testamento como medio para organizar su sucesión en el ámbito digital.

Debe tenerse en cuenta que lo habitual es que el acceso a los bienes digitales de contenido patrimonial sea a través de un servidor *online* y se exijan unas claves de acceso, que, en ocasiones, podrán ser recuperadas en caso de pérdida, pero en otras pueden llegar a ser totalmente insustituibles, de forma que su pérdida determina la pérdida de los bienes. Resulta, por tanto, necesario que la planificación de la sucesión no atienda sólo a la designación de los sucesores sino también a dotarlos de las claves para que la misma sea efectiva. Este último requisito es el que presenta especiales dificultades para combinar la seguridad jurídica con la confidencialidad inherente a toda clave.

De acuerdo con lo dispuesto en la normativa notarial, todos los herederos tienen derecho a recibir una copia del testamento sea abierto o el cerrado u ológrafo tras su adverbación y protocolización, por ello, como señala MORALEJO IMBERNÓN, el reflejar las contraseñas en el testamento conllevaría que todos los que tengan derecho a copia podrían también acceder a dichas claves⁷⁶. Es más, si se examina el art. 226 RN se puede comprobar que no sólo los herederos instituidos y demás personas a quienes el testamento reconozca algún derecho o facultad tendrán derecho a copia, sino que también lo tendrán las personas que, de no existir el testamento o ser nulo, serían llamados en todo o en parte en la herencia del causante en virtud de un testamento anterior o de las reglas de la sucesión intestada, incluidos, en su caso, el Estado o la Comunidad Autónoma con derecho a suceder, así como los legitimarios. E incluso, dado que no hay un orden prelativo de tiempo para su acceso podría darse la circunstancia de que, por ejemplo, por su mayor diligencia accediese al contenido de las claves el hijo desheredado en el último testamento y que fue instituido heredero en el previo.

Son diversas las soluciones propuestas por los autores a los problemas apuntados.

MORALEJO IMBERNÓN comparte la opinión de que las instrucciones generales respecto del destino de los bienes digitales del causante, aunque no tengan como tal carácter testamentario, deberían hacerse constar en documento público, por la importancia de la labor notarial a la hora de valorar la capacidad, proporcionar asesoramiento jurídico y fe pública. Añade que los notarios que han abordado este tema proponen como posible solución las memorias extratestamentarias o documentos anexos a los testamentos que podrían ser un instrumento válido para dar solución a ambos problemas⁷⁷.

GONZÁLEZ GRANADO, siguiendo a PRENAFETA RODRÍGUEZ, afirma que el testamento notarial es una vía adecuada para disponer de cuentas de correo electrónico, perfiles de redes sociales y espacios de alojamiento o repositorios como Dropbox. Ahora bien, cuando se trata de garantizar el traspaso de claves, aconseja otorgar un testamento con el contenido general y otro próximo, en cuanto a la forma, al codicilo de Baleares y Cataluña para las disposiciones específicas relativas al legado digital⁷⁸ de manera que

⁷⁶ MORALEJO IMBERNÓN, N., op. cit., p. 275.

⁷⁷ MORALEJO IMBERNÓN, N., op. cit., p. 276.

⁷⁸ GONZÁLEZ GRANADO, J., “Solo se muere una vez: ¿herencia digital?”, en [AA.VV](#) Testamento ¿digital?, (coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló), Juristas con futuro, España, 2016, p. 42.

al testamento ordinario tengan acceso todos los herederos pero al codicilo solamente el beneficiario de su contenido.

Por nuestra parte consideramos necesario diferenciar diversos escenarios respecto del problema concreto de las claves y contraseñas.

En primer lugar, en relación con la privacidad de las mismas podemos diferenciar dos fases temporales.

Durante la vida del titular de los bienes y derechos digitales es evidente que el testamento, en cuanto documento amparado por el secreto del protocolo notarial, como manifestación sublimada del secreto profesional, resulta el más adecuado para garantizar la privacidad de las claves. Es más, en el caso concreto del testamento, el art. 226 RN en su primer párrafo refuerza ese secreto al señalar que en vida del otorgante únicamente el mismo u otra persona especialmente apoderada al efecto puede obtener copia y, en consecuencia, acceder a su contenido.

Ahora bien, si aun así, existiese desconfianza por parte del otorgante siempre puede acudir al testamento cerrado en el que ni siquiera el Notario conoce el contenido del mismo, con la consecuencia, eso sí, de que el asesoramiento notarial pueda quedar limitado si el testador no comparte con el mismo el resto del contenido. Entendemos que nada obsta para que el notario realice su labor de asesoramiento respecto de las disposiciones testamentarias, aunque finalmente el texto del testamento, incluyendo ya las claves, sea elaborado por el propio testador.

Fallecido el testador, es evidente que, como antes se ha indicado, sin pasar a ser público, el acceso es más amplio de lo deseable a estos efectos dada la redacción del art. 226 RN en su segundo párrafo. La norma que busca combinar la eficacia de la disposición testamentaria, por la vía de dar acceso a quienes tengan derechos derivados de su existencia, con la defensa de los intereses afectados por la misma, sean derechos legitimarios, intestados o testamentarios derivados de testamentos anteriores, produce un efecto indeseado respecto de las claves o contraseñas, especialmente de las legitimadoras para el ejercicio de los derechos digitales. Ante esta situación, nuevamente son varias las soluciones aportadas por los autores.

Existe un grupo de soluciones que parten de extraer del testamento las claves para o bien incluirlas en un testamento complementario *ad hoc* con ese exclusivo contenido, o codicilo o memoria testamentaria en aquellas legislaciones que lo permiten, o bien en un documento digital o físico complementario al que se acceda siguiendo las indicaciones del testamento, el cual, a su vez, puede ser objeto de un acta de manifestaciones, de protocolización o de un depósito notarial⁷⁹.

Estas soluciones, no obstante, resultan insuficientes, salvo que se combinen con la aportada por GONZÁLEZ GRANADO antes indicada relativa a la introducción de una cláusula por el testador en la que prohibiera expresamente la obtención de copia de la disposición testamentaria o de ese documento complementario en que se contengan las claves de acceso. Ahora bien, una vez que admitimos la posibilidad de tal prohibición de acceso por limitación por el propio testador del derecho a obtener copia, parece innecesario extraerlas del testamento siendo suficiente su reseña en cláusula separada dentro del mismo.

79 CÁMARA LAPUENTE, S., op. cit., p. 415.

También se ha planteado como vía alternativa la utilización de un ejecutor testamentario. En este sentido CÁMARA LAPUENTE, considera que lo esencial es el nombramiento de un sucesor con la condición de ejecutor, lo que lo aproxima a la figura del heredero de confianza, a quien se atribuya tales funciones, resultando irrelevante el formato del documento que contenga las claves y contraseñas. Al respecto recuerda que tal heredero de confianza es viable en Cataluña y Navarra y que la interpretación jurisprudencial del art. 785.4 CC “*no eliminaría el nombramiento de un confidenciario, aunque no permitiría exigirle el cumplimiento de las instrucciones secretas*”⁸⁰.

Por nuestra parte consideramos que la combinación de las anteriores soluciones con el otorgamiento de un acta notarial de depósito en la que se custodie un soporte digital con todas las claves o, al menos, la que da acceso a un llavero digital que las contenga, resulta la solución actualmente más conveniente. Además, esta solución permite incluir como condición de acceso al depósito no sólo la designación como sucesor en el testamento, sino que además se haga necesario el otorgamiento de una escritura de aceptación previa de la herencia o, en su caso, del legado, para que únicamente el que tenga la condición de sucesor y no el meramente llamado pueda acceder a un contenido tan relevante.

En segundo lugar, respecto de la mutabilidad de las claves y contraseñas, es evidente que la solución sólo puede pasar por encontrar un medio flexible que permita adaptarse a tales cambios, sin merma de la privacidad requerida. En este sentido cualquiera de las soluciones antes señaladas pueden servir en la medida en que se usen de forma reiterada cada vez que se quiera reflejar un cambio, pero si lo que se quiere es reducir costes y, a la vez, facilitar y agilizar los cambios quizá lo más adecuado sea utilizar la solución del depósito notarial no de todas las claves sino de una clave principal, que permanezca invariable, que permita el acceso a todas las claves y contraseñas que se conserven y actualicen en un llavero o depósito digital al que se acceda con aquella.

IV. CONCLUSIONES

Es un afán inherente al hombre, al que la ley tiene que dar cauce, poder planificar con la mayor precisión el destino de sus bienes después de muerto. Ni siquiera los nativos digitales, aun cuando hoy se crean inmortales, podrán evitar la preocupación de qué va a ocurrir con su cuenta de Instagram o sus conversaciones de Whatsapp cuando se produzca su fallecimiento.

Analizada la legislación vigente sobre la materia se puede concluir que adolece de insuficiencia y dispersión, que da lugar a inseguridad jurídica. Ahora bien, el cauce para evitarla se encuentra a nuestra disposición, mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad a través de la aplicación de las instituciones sucesorias clásicas.

La consecuencia inmediata es la necesidad de fijar los límites a la autonomía de la voluntad en la planificación sucesoria en la esfera digital, es decir, los límites al ejercicio del derecho a la herencia digital, para lo que se necesita en primer lugar delimitar qué se entiende por herencia digital.

El mayor problema de la normativa vigente es el reconocimiento de una amplísima e imprecisa legitimación en caso de fallecimiento tanto en lo relativo al acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información como en

⁸⁰ CÁMARA LAPUENTE, S., op. cit., p. 416.

el acceso a los datos personales o su rectificación o supresión. Una amplia legitimación, carente de prelación entre los legitimados, que puede abocar a un resultado totalmente contrario al pretendido. Nuevamente la voluntad expresada del causante se presenta como el medio más adecuado para precisar las personas legitimadas, la preferencia entre las mismas y la delimitación de las funciones atribuidas a cada una.

La planificación sucesoria en la esfera digital debe encajarse dentro de las instituciones sucesorias clásicas, pero no como un supuesto de aplicación analógica derivada de una laguna normativa, sino por encajar con su propia naturaleza jurídica. El ejemplo más evidente de esta afirmación es que el instrumento por el que puede y debe canalizarse dicha planificación es el testamento tradicional, sin necesidad de crear una nueva categoría formal como el denominado “testamento digital”. Será digital por su contenido pero no por su forma ni por tratarse de una categoría diferenciada.

Habida cuenta de la idoneidad del testamento como cauce para la planificación en la esfera digital, la labor notarial adquiere una notable relevancia que exige también una transformación, no sólo como consecuencia de la necesidad de proveer al testador de asesoramiento especializado, sino también por los nuevos instrumentos tecnológicos que se han previsto en torno a este fenómeno.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUAS VALERO, G., “El testamento digital”, *Revista de Derecho Aragonés*, XXVIII, 2022, p. 79.
- ALMAN, S., HIRSH, S., *Blockchain*. Chicago, ALA Neal-Schuman, 2020.
- ARGELICH COMELLES, C., “Testamento blockchainizado, bienes digitales y extrapatrimoniales y herencia de activos digitales (NFT y criptomonedas)”, en la obra colectiva *Nuovi Paradigmi Della Filiazione*, Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Famiglie e delle Successioni, Roma, Sapienza, 2023, p. 888.
- BERROCAL LANZAROT, A.I., “Disposición mortis causa de los datos digitales. El llamado «testamento digital»”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°783, 2021, p. 575.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 59, p. 411.
- CASTILLO PARRILLA, J.A., “Derecho al patrimonio digital. Bienes digitales y datos como bienes”, en [AA.VV Comentario al Reglamento General de protección de datos y a la Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales](#), (Troncoso Reigada, A., dir.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 4341-4353.
- CUCURULL POBLET, T., “Más allá de lo tangible: La herencia de los activos digitales”, *Revista Claves Jurídicas*, N° 13, 2024, pp. 52 y 53.
- DOMÍNGUEZ MERINO, O., “¿Cómo influye el testamento digital en el SEO?”, en [AA.VV Testamento ¿digital?](#), (coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló), *Juristas con futuro*, España, 2016, p. 76.
- GINEBRA MOLINS, M.E., “Voluntades digitales en caso de muerte”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N° 1, 2020, p. 917.
- GINER GANDÍA, J. “El testamento digital sí existe y ya ha llegado”, en [AA.VV Testamento ¿digital?](#) (coord. Oliva León y Valero Barceló), España, *Juristas con Futuro*, 2016, p. 58.
- ESPÍN ALBA, I., “CAPÍTULO 31. Disposiciones testamentarias y testamentos notariales”, en [AA.VV Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad: estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor](#), (coord. por Francisco Lledó Yagüe, María Pilar Ferrer Vanrell, María Ángeles Egusquiza Balmaseda, Francisco López Simó), Madrid, Dykinson, 2022, p. 896.

- GONZÁLEZ GRANADO, J., “Solo se muere una vez: ¿herencia digital?”, en [AA.VV](#) *Testamento ¿digital?*, (coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló), Juristas con futuro, España, 2016, p. 42.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F de A., *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, V, Barcelona, Bosch, 1988, p. 12.
- LLOPIS BENLLOCH, J.C., “Con la muerte digital no se juega: el testamento on line no existe”, en [AA.VV](#) *Testamento ¿digital?*, (coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló), Juristas con futuro, España, 2016, pp. 45 a 52.
- LLUCH CERDÁ, C. (2016) “El reto de la muerte digital...digna”, en [AA.VV](#) *Testamento ¿digital?*, (coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló), Juristas con futuro, España, 2016, pp. 16 a 25.
- MARINO, G., “La sucesión de los derechos de control sobre los datos personales del difunto en la comparación de las experiencias jurídicas europeas”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 20, 2024, pp. 1091-1092.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. “El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, fasc. I, 2020, pp. 249 y 250.
- NAVAS NAVARRO, S., “Herencia y protección de datos de personas fallecidas”, *Revista de Derecho Privado*, N°1, 2020, pp. 63 a 65.
- ORDELIN FONT, J.L. y ORO BOFF, S., “Bienes digitales y sucesión mortis causa: la regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXXIII, N° 1, junio, 2020, p. 124.
- OTERO CRESPO, M., “La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, N°. 4, (octubre-diciembre), 2019, p. 90, alude a esa intersección normativa como el “triángulo de oro” que para algunos reconduce al denominado “Derecho de la economía digital”.
- PALANCO CÁRDENAS, C., “La transmisión por causa de muerte del patrimonio digital”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 20 bis, (junio), 2024, p. 648.
- ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F., “Testamento digital”, en [AA.VV](#) *Testamento ¿digital?*, (coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló), Juristas con futuro, España, 2016, p. 37.
- SANTOS MORÓN, Mª J., “La denominada “herencia digital”: ¿Necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.10, N° 1, 2018, p. 422.
- SOLÉ RESINA, J., “Las voluntades digitales: marco normativo actual”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXI, fasc. II, 2018, p. 422.
- ZUBERO QUINTANILLA, S., *Testamento y contenidos digitales*, Madrid, Reus, 2023, p. 174.