



PROPUESTA DE COMUNICACIÓN PARA EL CONGRESO INTERNACIONAL "DECLARACIÓN DE VOLUNTAD EN UN ENTORNO VIRTUAL"

TÍTULO DE LA COMUNICACIÓN: El Derecho de sucesiones en clave digital. Algunas consideraciones a propósito del "testamento digital" y de la "herencia digital" en el ámbito del Derecho común.

PANEL AL QUE SE ADSCRIBE: *Panel 1: La función notarial en entornos virtuales*

NOMBRE Y APELLIDOS: Marta Otero Crespo

PROFESIÓN: Profesora contratada doctora de Derecho civil

INSTITUCIÓN A LA QUE PERTENECE: Universidad de de Santiago de Compostela

RESUMEN: *(Máximo 2.000 palabras)*

1. Introducción

El propósito de esta aportación es poner de manifiesto cómo lo digital ha permeado también en el ámbito del Derecho de sucesiones, uno de los más tradicionales y reticentes a modificaciones legislativas de calado general o coherentes en el seno del Derecho civil común, y en el que operan especialmente quienes desempeñan la función notarial. Buena muestra de la actualidad de lo digital en este campo lo constituyen las cada vez más numerosas aportaciones doctrinales que abordan cuestiones relativas a los denominados como "herencia digital", "testamento digital", "voluntades digitales", etc., así como su plasmación normativa o en potenciales instrumentos de *soft-law*, como enseguida veremos.

Por la propia naturaleza de este trabajo (una comunicación), nos ceñiremos en este momento al abordaje de los dos conceptos reflejados en el título (testamento y herencia digitales), circunscribiéndonos al ámbito del Derecho estatal, en la medida en la que, de algún modo, en este se ha positivizado la figura en cuestión: en el caso del testamento digital, a través de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD); o se está trabajando en aras de su reconocimiento, lo que sería el supuesto de la herencia digital, de aprobarse la Carta de Derechos Digitales.



2. El (derecho al) testamento digital: una consagración normativa carente de rigor técnico

En el ámbito del Derecho civil estatal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 667 CC, el testamento es aquel acto por el que una persona dispone, para después de su muerte, de todos sus bienes o de parte de ellos. Al margen de su contenido material, el testamento se somete a unos requisitos formales *ad validitatem*, que de *lege lata* excluyen su plasmación digital, sin perjuicio de lo que apuntaremos en nuestras líneas finales. Es por esto que, a la vista de la concepción legal de lo que es un testamento (siendo el abierto, otorgado ante notario, el más común en la práctica, por las garantías que ofrece al intervenir este profesional, informando y asesorando al testador), referirnos a un testamento digital no resultaría correcto, por cuanto el añadido “digital” parece más bien referirse a una forma a través de la cual se testa (en soporte digital), no permitida con carácter general en la actualidad. Y ello pese a que en los últimos años hayan proliferado empresas que ofertan en la red la prestación de servicios de “testamento digital”, destinados a reflejar las últimas voluntades referidas a redes sociales, cuentas online, etc, convirtiéndose, *mutatis mutandis* en una suerte de *alter ego* del notario en el ámbito digital.

Cosa diversa sería que se observasen las formalidades testamentarias, y dentro de un testamento de los expresamente permitidos por el Código civil (típicamente, otorgado ante notario), el testador incluyese previsiones relativas a sus voluntades digitales. En suma, no cabría hablar en un sentido técnico de un testamento digital, pero sí de un testamento con disposiciones relativas a voluntades digitales – incluyéndose, por supuesto, un posible testamento con un contenido único relativo a las voluntades digitales, sin que sea incluso necesario contenido patrimonial, a pesar del citado art. 667CC-. Y esta es la razón por la que podría proclamarse la suficiencia de nuestro ordenamiento jurídico, predicándose el carácter superfluo de una reforma en la materia.

De nuevo, algo distinto y totalmente extraño a lo anterior es lo articulado por el legislador estatal en el año 2018. A propósito de la LOPDPGDD, se introducía en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo (presunto) derecho, que entraba de lleno en el corazón del ámbito sucesorio: el derecho al testamento digital, previsto en el art. 96 LOPDPGDD. En realidad, lejos de consagrar un auténtico derecho subjetivo de regular una nueva modalidad testamentaria (cuya articulación tendría sentido, de ser el caso, a través de una reforma del CC), el precepto se limita a arbitrar el acceso *post mortem* a los contenidos gestionados por los prestadores de los servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas, prefijando una serie de reglas (art. 96.1 LOPDPGDD). Pese a que, de existir, la voluntad o instrucciones del fallecido serán las que se impongan, en defecto de estas las personas legitimadas *ex lege* podrán decidir acerca del mantenimiento o supresión de los perfiles personales del fallecido en redes sociales o servicios equivalentes (art. 96.2 LOPDPGDD). Más allá de la función pedagógica que pueda estar llamado a cumplir este “derecho al testamento digital”, el artículo ha sido severamente criticado por la doctrina, entre otras cosas, por dejar una serie de cuestiones irresueltas. Entre ellas se



encuentraqué sucederá en el caso de que el fallecido haya previsto instrucciones contradictorias, por concurrir unas facilitadas al prestador de servicios y otras incompatibles recogidas, por ejemplo, en un testamento abierto. Este y otros interrogantes deberían haber sido ya objeto de tratamiento por el real decreto anunciado por el artículo, puesto que en dicho instrumento se establecerían los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones, así como en su caso, su registro (*vid* art. 96.3 LOPDCPGDD). Sin embargo, más de dos años después de la aprobación de la LOPDPGDD, lo cierto es que continuamos con ese vacío normativo.

3. El (derecho a) la herencia digital: otro concepto probablemente innecesario

Tomando en consideración lo expuesto respecto al testamento digital, no sorprenderá al lector comprobar que se suele incurrir en idéntica incorrección terminológica con respecto al uso de la expresión “herencia digital”. De nuevo, técnicamente la herencia, “comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan con su muerte” (art. 659 CC), sean estos “analógicos” o “digitales”. Precisamente, de la literalidad del CC se desprende que se haya considerado que “patrimonio” y “herencia” aluden a un mismo concepto, identificado como la masa patrimonial de la persona en dos momentos distintos: en vida de ésta sería el patrimonio, a su muerte, sería la herencia. En cualquier caso, resulta innegable que la idea de patrimonialidad suele estar presente cuando hablamos de herencia. Sin embargo, en lo que ahora nos ocupa, la que se ha venido denominando herencia digital (por oposición a la “tradicional” o “analógica”), parece englobar *a priori* tanto los contenidos digitales extrapatrimoniales (que serán los más comunes: perfiles en redes sociales, cuentas de correo electrónico, etc) como patrimoniales (bitcoins o dinero acumulado en una cuenta de *Paypal*, por ejemplo). En consecuencia, la corrección de la expresión “herencia digital” queda en entredicho si consideramos que herencia y patrimonio son sinónimos.

Pues bien, con respecto a la herencia digital, nada se dice en la LOPDPGDD, pero sí se “regula” en la propuesta de Carta de Derechos Digitales, elaborada por el Grupo de Expertos constituido por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Dicho proyecto de Carta de Derechos Digitales, recientemente sometido a Consulta pública, contempla un catálogo de derechos digitales entre los que se encuentra el “Derecho a la herencia digital”. Y en este sentido se reconoce el “derecho a la herencia digital de todos los bienes y derechos de los que sea titular la persona fallecida en el entorno digital” (VII), sin delimitar si tales derechos han de tener necesariamente carácter patrimonial (o no). Si bien es cierto que el proyecto de Carta autoproclama en sus *Consideraciones Previas* su falta de carácter normativo, por lo que no dejaría de ser un instrumento de *softlaw*, no lo es menos que pretende “sugerir principios y políticas” que podrían servir a un futuro desarrollo normativo en el ámbito digital. Aún teniendo presente esa nula fuerza



normativa, da pábulo a otro presunto nuevo derecho, a la herencia digital, sin excluir de su ámbito derechos de naturaleza extrapatrimonial. Es por ello que se incurre de nuevo en una imprecisión terminológica, puesto que como se ha indicado, la herencia en sentido técnico implica patrimonialidad.

4. A modo de cierre

En estas líneas nos hemos referido a dos conceptos clave del Derecho de sucesiones, cuya modernización para su adaptación a lo digital ha traído como consecuencia una regulación atécnica e incompleta (caso del testamento digital) y que potencialmente nos aportará también la consagración de un nuevo concepto probablemente innecesario e igualmente atécnico, al menos a nuestro juicio (supuesto de la herencia digital).

Comprobada la predisposición del legislador estatal a innovar en el ámbito sucesorio, quizá habría sido más adecuado acometer una reforma del CC para facilitar la creación de un auténtico testamento en forma digital, en cuyo otorgamiento pudiese intervenir el notario, aportando certeza y seguridad jurídica. De hecho, no podemos obviar que el legislador de 2015, a través de una reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria en la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (LN), ha podido abrir tímidamente la puerta al reconocimiento indirecto del soporte digital. Así, en sede de presentación, adverbación, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral, el art. 64 LN, tras indicar que dichas operaciones tendrán lugar ante notario, señala en su párrafo 3.º que “A la solicitud se acompañará la nota, la memoria o el soporte en el que se encuentre grabada la voz o el audio y el vídeo con las últimas disposiciones del testador, siempre que permita su reproducción, y se hubieran tomado al otorgarse el testamento”. Asimismo, el art. 65.1.º LN establece que “Cuando la voluntad del testador se hubiere consignado en alguna nota, memoria o soporte magnético o digital duradero, se pondrá de manifiesto a los testigos para que digan si es el mismo que se les leyó o grabó y si reconocen por legítimas sus respectivas firmas y rúbricas, en el caso de haberlas puesto”; mientras, el art. 65.5 LN, cuya interpretación es mucho más difícil, dispone que “Si la última voluntad se hubiere consignado en nota, memoria o soporte magnético o digital duradero, en el acto del otorgamiento, se tendrá como testamento lo que de ella resulte siempre que todos los testigos estén conformes en su autenticidad, aun cuando alguno de ellos no recuerde alguna de sus disposiciones y así se reflejará en el acta de protocolización a la que quedará unida la nota, memoria o soporte magnético o digital duradero”.

Como se ha precisado, la regulación está pensada para supuestos en los que el testamento se otorga de modo oral, en los que no es posible la intervención de notario, contemplados tanto en el CC como en alguna de las legislaciones civiles autonómicas. En cualquier caso, puede constituir un punto de partida de cara a una futura revisión legislativa de las formas testamentarias a través de las que se puedan instrumentalizar, entre otras, pero no solo, las voluntades sobre titularidades digitales.