

LA SUCESIÓN DE LOS BIENES DIGITALES (PATRIMONIALES Y EXTRAPATRIMONIALES)

Tatiana Cucurull Poblet

Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil
Universidad Oberta de Catalunya

TITLE: *Succession of digital assets (pecuniary loss and non-pecuniary-loss)*

RESUMEN: El incremento del uso de la tecnología ha propiciado que una gran parte de la población mundial se haya acostumbrado a consultar, recopilar y manejar grandes cantidades de datos y que son empleados para fines muy diversos. En este trabajo se analiza qué sucede con todos aquellos datos y contenidos digitales tras el fallecimiento de una persona. A tal fin, se examina la regulación de los datos personales en el contexto europeo y que nos lleva a abordar los antecedentes jurisprudenciales y legislativos que nos conducen a la actual Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, la cual ha tratado la cuestión relativa a los datos de las personas fallecidas.

ABSTRACT: *The increase in the use of technology has led a large part of the world's population to become accustomed to consulting, collecting and handling large amounts of data, which are used for very different purposes. This study analyses what happens to all those data and digital content after the death of the person. To this end, the regulation of personal data in the European context is examined and that leads us to address the jurisprudential and legislative antecedents that lead us to the current Spanish Organic Act 3/2018 of 5 December on the protection of personal data and guarantee of digital rights, which has dealt with the issue of the data of deceased persons.*

PALABRAS CLAVE: Datos de personas fallecidas, patrimonio digital, sucesión, bienes digitales, herencia digital.

KEY WORDS: *Data of deceased persons, digital heritage, succession digital assets, digital inheritance.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONTEXTO EUROPEO SOBRE LOS DATOS PERSONALES DE LAS PERSONAS FALLECIDAS. 3. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVOS. 4. TERMINOLOGÍA EMPLEADA. 5. SUJETOS LEGITIMADOS. 6. EL SUCESOR Y EL ALBACEA DIGITAL. 7. PRUEBA DE LA LEGITIMACIÓN. 8. PLAZOS DE ACTUACIÓN. 9. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DEL ENCARGO. 9.1. *Remoción del designado*. 9.2. *Exigencia de responsabilidad*. 10. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad es más que evidente el constante uso por parte de la ciudadanía de internet y las nuevas tecnologías. Además, lo que en un principio pudiera utilizarse para un uso estrictamente profesional, se ha acabado convirtiendo, a nivel personal, en un instrumento casi imprescindible. Todo ello se ha agudizado con la pandemia del COVID-19 que, fruto de la imposibilidad, o recomendación, de no contactar físicamente con

personas ajenas al núcleo familiar (entendido éste en sentido estricto, como aquellos que conviven en el mismo domicilio), ha propiciado un mayor uso de los servicios de red para suplir dicha carencia.

Esta situación ha afectado, en mayor o menor medida, a todas las personas, sin discriminación alguna en función de la edad o sexo. Sin ir más lejos, los abuelos. Todos ellos, tanto los que estuvieron ingresados en residencias como los que todavía se valían por sí mismos y residían en sus casas, tuvieron que hacer uso de internet para poder estar en contacto con sus familiares, ya fuese a través de videollamadas, whatsapp, u otros aplicativos.

La utilización de cuentas de correo electrónico para comunicarnos o la mensajería instantánea, la creación de perfiles personales, ya sea en redes sociales generales (Instagram, Facebook y el próximo Metaverso que proyecta, Twitter...) o profesionales (LinkedIn, Video, Freelancer, Womenalia...), la publicación de contenidos digitales como fotografías en las redes sociales, una presentación en Slideshare, un artículo en un blog o web personal para darnos una mayor visibilidad, disponer de cuentas en banca online o incluso adquirir bienes o contratar servicios en soportes digitales, está cada vez más presente en nuestras vidas.

Por todo ello, y sin perder de vista el potencial de crecimiento del comercio electrónico, no resulta extraño que se publicara la Directiva (UE) 519/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. En su artículo 2 se dispone un catálogo de definiciones que ayudan a unificar y entender aquellos conceptos que se utilizan en la celebración de contratos entre empresarios y consumidores para el suministro de contenidos o servicios digitales¹.

Al hilo de esta gran utilización de la tecnología y que ha sobrevenido en nuestras vidas con perspectivas no solo de quedarse sino de seguir avanzando, se plantea la siguiente

¹ Cfr. El artículo 2 de la Directiva (UE) 519/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digital, entre otros conceptos define: «1) «contenido digital»: los datos producidos y suministrados en formato digital; 2) «servicio digital»: a) un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o b) un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos; 3) «bienes con elementos digitales»: todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones. [...]».

cuestión: ¿qué sucede con los contenidos digitales que una persona ha ido creando o generando a lo largo de su vida cuando fallece?

A priori podría pensarse que se trata de un planteamiento totalmente absurdo, más si la persona fallecida no tiene ningún tipo de repercusión mediática, pero ¿qué pasaría si en este contenido digital se encontraran grabaciones inéditas de un cantante que durante su vida no obtuvo mucho éxito, pero que tras su muerte se descubre su verdadero talento?; o si, por ejemplo, se dispone de unas fotografías que pueden tener un gran valor económico. ¿Y si hemos escrito un libro y no nos ha dado tiempo a promover su publicación?

El rastro que dejamos en la red contribuye a formar nuestra identidad digital. Algunos autores como WOOD y SMITH han definido la identidad como «una construcción compleja, personal y social, consistente en parte en quien creemos ser, como queremos que los demás nos perciban, y como de hecho, nos perciben»². Así pues, la identidad digital está ligada con las habilidades digitales, y es el resultado de la interrelación que tiene una persona con otros usuarios o con la creación de contenido en internet.

Como consecuencia de la generación de estos datos surge la necesidad de controlar y limitar su acceso, con la finalidad de evitar que se produzca cualquier vulneración de los derechos de la personalidad como el derecho a la dignidad, honor, intimidad personal y familiar, a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y a la propiedad intelectual³. Todos estos derechos de la personalidad, salvo el derecho a la identidad, están consagrados como derechos fundamentales en los artículos 15 y 18 de la Constitución Española.

Con todo, la comodidad que nos representa el uso de la tecnología hace que cada vez la incorporemos más a menudo en su nuestro día a día. Este hecho implica que las repercusiones de su uso puedan ir más allá del fin de la personalidad. Tal y como indica ROVIRA, a pesar de que el artículo 32 del Código civil dispone que la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas, existen otras proyecciones, como su memoria

² WOOD, Andrew F.; SMITH, Matthew J., *Online communication: linking technology, identity, and culture*, Routledge, New York, 2005, pp. 51-75.

³ SOLÉ RESINA, Judith, «Las voluntades digitales: marco normativo actual», *Anuario de Derecho civil* (2018), Tomo LXXI, fasc. II, p. 419.

que, a modo de excepción, merecen ser objeto de tutela⁴. Además, cada vez nos resulta menos extraño oír cómo la tecnología está cambiando el concepto de la muerte a través de lo que denominan inmortalidad digital. Ésta se pretende conseguir a través de un software de inteligencia artificial y tiene como objetivo replicar la personalidad de una persona para que ésta pueda seguir compartiendo pensamientos en la red, incluso después de su fallecimiento. Actualmente, esta figura carece de configuración jurídica, sin embargo, tendremos que esperar para ver cómo evoluciona y cuáles serán los mecanismos de protección jurídica que precisará.

Otra de las cuestiones que también se debe tener en cuenta en cuanto a la temática que nos ocupa es la ya tan utilizada huella digital. Este concepto incorpora todos los registros y rastros que dejamos cuando utilizamos internet. Estos registros representan información sobre las personas que lo utilizan constituyendo su identidad digital. La información puede tener dos vertientes: una beneficiosa para el usuario, pues permite agilizar ciertos trámites, entre otros; y la otra que puede suponer un riesgo, pues al proporcionar una gran cantidad de información, ésta puede ser utilizada negativamente por terceros, lo que implica la necesidad de controlar y limitar su acceso para prevenir vulneraciones del derecho a la dignidad, al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y a la propiedad intelectual⁵.

Además de todo lo expuesto hasta ahora, esta actividad virtual realizada por un ciudadano puede generar el denominado patrimonio virtual o digital. Según la UNESCO, dentro de dicho patrimonio se engloban aquellos recursos que son fruto del saber o la expresión de los seres humanos, de carácter cultural, educativo, científico o administrativo, o que engloben información técnica, jurídica, médica y de otras clases, que se generan directamente en formato digital o se convierten a éste a partir de material analógico ya existente.

De lo expuesto, se deduce la complejidad en la definición y sistematización de los bienes o recursos digitales, ya que abarca desde los bienes que podríamos considerar que son contenidos digitales de carácter extrapatrimonial, pues su valor es sentimental y carece por tanto de valor económico, como cuentas de correo electrónico, fotos, vídeos, cuentas en redes sociales, etc.; como aquellos que albergan un contenido con

⁴ ROVIRA SUEIRO, María E., «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en Fernando Reglero Campos (Coord.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002, pp. 430- 431.

⁵ SOLÉ RESINA, Judith, *op. cit.*, p. 419.

valor económico como libros, criptomonedas, los NFT, etc. Con todo, debe tenerse en cuenta que, sobre lo que hasta hace relativamente pocos años era fácil de discernir, entre si un bien tenía o no un valor económico, cada vez va adquiriendo una mayor complejidad. Así pues, y a modo de ejemplo, el aumento exponencial del fenómeno de los denominados «influencers» ha hecho que sus cuentas en las redes sociales sean consideradas como un valor patrimonial y por tanto pueden tener un tratamiento distinto de aquellas cuentas de personas que no lo son.

Con todo, y para centrarnos en el objeto del presente estudio, debemos plantearnos cuál es el destino *post mortem* de todo este patrimonio o activo digital⁶.

La mayoría de veces, cuando se hace uso de los recursos digitales, el usuario queda automáticamente supeditado en una relación de carácter contractual que lo vincula (ya sea por haber comprado un producto a través de Amazon, por ejemplo, o bien por abrirse una cuenta en una red social como Tik Tok) con la empresa suministradora. La adherencia a estas condiciones o términos contractuales, que por lo general tiene un carácter obligatorio, suele llevar aparejada la imposibilidad o limitación para poder acceder a la información almacenada en sus sistemas. Esta situación provoca el desconocimiento de su contenido y si éste puede ser susceptible de integrar en la masa hereditaria del fallecido.

2. CONTEXTO EUROPEO SOBRE LOS DATOS PERSONALES DE LAS PERSONAS FALLECIDAS

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, RGPD) tiene por objeto la protección de personas físicas respecto al tratamiento de sus datos personales, y así dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 8 apartado 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, La Carta), y el artículo 16 apartado 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), los cuales establecen que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.

Si bien, debe tenerse en cuenta que el considerando 27 del RGPD establece de forma expresa que «no se aplica a la protección de datos de personas fallecidas» (lo que se reitera en los considerandos 158 y 160) y transfiere a los legisladores nacionales de los

⁶ La doctrina norteamericana denomina a estos bienes, recursos, elementos o activos digitales como «digital assets» o «digital estate».

Estados miembros la reglamentación de este tratamiento tras el fallecimiento de la persona.

En este aspecto, el legislador europeo ha preferido ser prudente. Al ser la protección de datos una de las materias especialmente sensibles para los Estados miembros, ha preferido cederles esta responsabilidad, además de la compleja tramitación que supuso la aprobación del RGPD, pues frente a su propuesta fueron presentadas considerables enmiendas, muchas de las cuales fueron ventiladas gracias al incremento del margen de decisión de los Estados miembros⁷.

Francia fue uno de los primeros países en reglamentar y adaptar su legislación conforme a lo dispuesto en el RGPD. De este modo, la *Loi n° 2016-131 du 7 octobre 2016 pour une République numérique* introdujo el concepto de *mort numérique* (muerte digital), la cual modificó la *Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* (en adelante, *Loi 78-17*), para regular el destino de los datos después de la muerte de las personas. A tal fin, incorporó el artículo 40-1 a la *Loi n° 2016-131*. En la actualidad, la regulación del tratamiento de los datos personales relativos a las personas fallecidas se contempla en el artículo 85 de la *Loi 78-17* como consecuencia de la modificación efectuada por el artículo 35 de la *Ordonnance n° 2019-964 du 18 septembre 2019*. Así pues, en el primer apartado de este artículo se reconoce el derecho de cualquier persona a establecer pautas o directrices relativas a la conservación, eliminación o comunicación de sus datos personales tras su fallecimiento. Para ejecutar esta voluntad el causante puede designar a una persona en concreto. De no establecerse ninguna persona para llevar a cabo este cometido, los herederos serán los que adquirirán el derecho de conocer las indicaciones del causante y, en su caso, ejecutarlas.

Más tarde, Italia aprobó el Decreto Legislativo de 10 de agosto de 2018, n° 101 para adaptar su normativa estatal a lo dispuesto por el RGPD. De este modo, a través del Decreto Legislativo de 30 de junio de 2003, n° 196, incorporó en el Código, en materia de protección de datos, el artículo 2 terdecies (*Diritti riguardanti le persone decedute*), el cual trata sobre los derechos relativos a las personas fallecidas. Este artículo legitima a aquellas personas que puedan tener un interés propio, a quienes actúen en interés del finado o a quien sea merecedor de protección por razones familiares para ejercitar los derechos a que se refieren los artículos 15 a 22 del RGPD. Además, también

⁷ AMÉRIGO ALONSO, José, «La tramitación administrativa del anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal», en José López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 90.

establece la prohibición de la actuación de la persona que en principio estaría legitimada, para el caso en el cual el causante lo hubiese manifestado expresamente a través de una declaración específica, libre e informada presentada ante el responsable del tratamiento.

En este contexto, y atendiendo a la situación actual en la que nos encontramos, en la que el uso de nuestros datos en sistemas digitales es constante, algunos de los Estados miembros no han considerado necesario regular la protección de los datos cuando una persona ya ha fallecido.

3. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVOS

La regulación de la protección de los datos personales de las personas fallecidas se encuentra en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD). Sin embargo, y al igual que han manifestado otros autores, considero que en esta nueva regulación no se ha tratado de una forma suficientemente exhaustiva y que ampare la complejidad del Derecho sucesorio⁸.

No solo en España nos encontramos con la problemática de saber si los contenidos digitales que han sido adquiridos o generados por una persona durante su vida son susceptibles, o no, de transmisión *mortis causa*.

Así pues, el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (en alemán, *Bundesgerichtshof*; abreviado, BGH), el cual equivale al Tribunal Supremo en el ámbito de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, la última instancia en materia civil y penal, dictó sentencia en fecha 12 de julio de 2018 a través de la cual establecía que los herederos sí suceden en la cuenta de una red social (en concreto se trataba de Facebook). En este caso, una madre a la que su hija había fallecido a la edad de 15 años por causas que no pudieron determinar si se trataba de un suicidio o un accidente, solicitó a la entidad en cuestión el acceso a la cuenta que su hija tenía abierta. Facebook basó su negativa principalmente en dos motivos: en primer lugar, la extinción contractual por fallecimiento de una de las partes; y, en segundo lugar, la preservación del secreto de las comunicaciones, así como de la intimidad del usuario y de terceros. Durante todo el proceso, los distintos tribunales que enjuiciaron el asunto adoptaron distintas

⁸ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital: una aproximación» (conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid el 24 de enero de 2019), *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid* (2019), nº 84, p.3, NAVAS NAVARRO, Susana, «Herencia y protección de datos de persona fallecida. A propósito del mal llamado testamento digital», *Revista de derecho privado*, vol. 104 (2020), nº 1, p. 61.

perspectivas legales: en primera instancia, el tribunal regional de Berlín (Landgericht Berlín), falló a favor de la madre de la fallecida, pues consideró que forman parte de la herencia de su titular todos aquellos contenidos que se encuentran ubicados dentro de la plataforma titularidad de la demanda y, consecuentemente, se consideran transmisibles. Tras la apelación, el Tribunal Superior de Justicia de Berlín (el Kammergericht Berlín) dio prioridad a la normativa del secreto de las telecomunicaciones y, consecuentemente, dio la razón a Facebook. Sin embargo, tras recurrir esta última sentencia, el BGH volvió a dar prioridad a la perspectiva sucesoria y declaró transmisible la posición contractual de la fallecida, además, consideró que las condiciones generales que excluían esa relación de la herencia eran abusivas por no superar el control de contenido del § 307.1 y 2 del Código civil de Alemania (en alemán, *Bürgerliches Gesetzbuch*; abreviado, BGB)⁹.

Con todo, la actual LOPDGDD que rige en España, regula la protección de los datos de las personas fallecidas en dos artículos: por una parte, el artículo 3, bajo el Título I de dicho texto legal denominado «Disposiciones generales», el cual tiene un carácter de ley orgánica, pues así lo dispone la disposición final primera y, por otro lado, el artículo 96, en el Título X «Garantía de los derechos digitales» con un carácter de ley ordinaria. Además, hay que destacar que los textos de ambos preceptos son muy similares. Tanto es así que el contenido del artículo 3 lo podemos encontrar, tan solo con algunas diferencias en la redacción que no cambian su significado, en el primer apartado del artículo 96. A tal efecto, ambos artículos contemplan la posibilidad de que aquellas personas vinculadas a la persona fallecida por razones familiares o de hecho así como sus herederos, puedan acudir al responsable o encargado del tratamiento con la finalidad de solicitar el acceso a los datos personales del finado. No obstante, y como toda norma general, está sujeta a excepciones, y es que tal acceso no será posible cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal hereditario. De todo ello, puede extraerse que la finalidad de la LOPDGDD es asegurar una protección *post mortem* de la personalidad pretérita del finado y no, por tanto, obstaculizar el acceso a la información necesaria para tramitar una herencia.

De la lectura del RGPD, concretamente en el considerando 27, se desprende que lo dispuesto en dicho reglamento no se aplica a la protección de datos de personas fallecidas, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan establecer normas sobre la materia.

⁹ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *op. cit.*, p.138.

Sobre esta dualidad reguladora de los artículos 3 y 96 de la LOPDGDD algunos autores sí encuentran una justificación. De este modo, autores como MARTÍNEZ sostienen que el texto de cada uno de estos preceptos regula cosas distintas. Así pues, consideran que en el artículo 3 se hace referencia al tratamiento de los datos personales de las personas fallecidas, en cambio, el artículo 96 lo que hace es reconocer y disciplinar el, a nuestro entender mal denominado, testamento digital o acceso a los datos de las personas fallecidas. Esto justificaría el motivo por el cual ambos artículos tienen un carácter distinto: el artículo 3 tiene un rango de ley orgánica ya que la protección de los datos personales se incardina dentro de la protección de un derecho fundamental del artículo 18 de la Constitución Española; por el contrario, el artículo 96 del mismo texto legal, se refiere a la actuación para después del fallecimiento del causante, es decir, a la gestión que el designado tendrá encomendada de cualquier dato no personal en formato digital y que se refiere al finado¹⁰. Se dice que «el artículo 96 no es un derecho de protección de datos personales sino una garantía de los derechos personales»¹¹. Quienes sostienen esta idea, afirman que el carácter orgánico del artículo 3 de la LOPDGDD, legitima a todos los sujetos mencionados en su precepto para interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del derecho personalísimo de la protección de datos personales de una persona fallecida; sin embargo, cuando se trate de datos no personales, es decir, de contenidos, no se podrá interponer dicho recurso¹².

Los contenidos de las personas fallecidas y que son gestionados por prestadores de servicios pueden ser de distinta índole y pueden contener datos que no pueden ser considerados puramente personales, pero que alguno de ellos, como pueden ser las imágenes, conversaciones privadas, etc., sí lleven inherente este carácter de dato personal. Es por este motivo que se da sentido al hecho de que el causante pueda dar instrucciones sobre su gestión para cuando ya no esté. Por ello, considero que entre los datos personales y los contenidos digitales no debe haber tanta diferencia en cuanto a la protección jurídica se refiere pues, como se acaba de exponer, en ambos casos se puede producir una vulneración del derecho al honor, intimidad personal o la propia imagen de una persona.

¹⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Núria, «Reflexiones en torno a la protección *post mortem* de los datos personales y la gestión de la transmisión *mortis causa* del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDGDD», *Derecho y Constitución*, julio-diciembre (2019), nº 35, p. 178.

¹¹ REVUELTA DE ROJAS, Isabel, «Principales hitos en la tramitación parlamentaria de la LOPDGDD», en José López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 135.

¹² MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Núria, *op. cit.* p. 178.

Al fin y al cabo, tanto con el, a mi entender, mal denominado testamento digital como con las reglas de gestión de los datos de una persona fallecida, el bien que se protege es el derecho a la intimidad de las personas, pero concretado en el ámbito digital.

Con todo, debe resaltarse también la disparidad de términos utilizados en la propia ley y que, en la mayoría de ocasiones, tan solo añaden el calificativo de «digital» a un término preexistente en nuestra normativa. Además, de la propia lectura de dicha ley, también encontramos distintos conceptos en artículos que, *a priori*, parece que quieren decir lo mismo. Este sería el caso, por ejemplo, del artículo 3.1 y el artículo 96.1.a) LOPDGDD. Así pues, el artículo 3.1 establece que «Las personas vinculadas al fallecido [...] al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella», sin embargo, el artículo 96.1.a) del mismo texto legal sustituye el término «datos personales» por el de «contenidos», y dispone «Las personas vinculadas al fallecido [...] al objeto de acceder a dichos contenidos». Sin embargo, en ningún precepto de esta legislación define cuáles son esos «contenidos» digitales que, parece ser, son distintos de los «datos» personales establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal. Es por ello que se considera conveniente dedicar un apartado a abordar algunas cuestiones terminológicas que nos ayudarán a comprender y focalizar la sucesión en el ámbito digital.

También se puede afirmar que la regulación es escasa cuando se trata de regular los instrumentos en los que pueden contenerse las instrucciones dadas por el causante con respecto a sus datos y contenidos digitales. Sin embargo, se prevé un futuro desarrollo reglamentario que prevea esta cuestión, entre otras, como la creación de un registro para este tipo de documentos.

Sobre esta cuestión, la Comunidad Autónoma de Cataluña quiso ser pionera, hasta el punto que aprobó, en junio de 2017, la creación y regulación del registro electrónico de voluntades digitales a través de la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña (en adelante, Ley de voluntades digitales). Sin embargo, el Gobierno central presentó recurso de inconstitucionalidad contra esta ley. A tal efecto, el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia 7/2019, de 17 de enero de 2019¹³, declaró inconstitucional la creación y regulación de este registro manifestando que «se trata de un registro jurídico de derecho privado, que solo puede ser establecido por el Estado, al amparo de su competencia exclusiva en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8 de la Constitución)». La resolución judicial estipula que el registro

¹³ STC 7 enero 2019 (ECLI:ES:TC:2019:7).

electrónico de voluntades digitales no se configura como un simple instrumento registral de carácter administrativo, sino que se trata de «un registro público privado en el que han de inscribirse para su validez los documentos de voluntades digitales, en defecto de disposiciones de última voluntad».

4. TERMINOLOGÍA EMPLEADA

Con mayor frecuencia podemos ver como en nuestro lenguaje cotidiano hemos introducido, tal vez de manera inconsciente, una serie de conceptos «nuevos» y adaptados a las nuevas realidades sociales. De este modo, no resulta extraño encontrarse con términos como «testamento online o testamento digital», «herencia digital», «sucesor o heredero digital», «albacea digital», «legatario digital» o «voluntades digitales», entre otras.

Para empezar, en nuestro ordenamiento, no existe el ya tan utilizado concepto de «testamento online» o también denominado «testamento digital». Aun así, algunos autores lo han definido como un documento que permite a una persona dar instrucciones sobre qué hacer con su presencia digital una vez que fallezca¹⁴. Sin embargo, el artículo 667 del Código civil dispone que el testamento es aquel acto a través del cual una persona dispone para después de su muerte, de todos sus bienes o de parte de ellos. No obstante, y si atendemos al tenor literal del contenido de dicho artículo, observamos como el testamento se concibe, exclusivamente, como un instrumento de disposición de bienes patrimoniales aunque, años después de la publicación del Código civil Español, la jurisprudencia¹⁵ ya admitía que pudiera consignarse en el testamento disposiciones que no tuvieran relación directa con dichos bienes patrimoniales¹⁶. Además, este instrumento jurídico está sujeto a una serie de solemnidades esenciales y requisitos exigidos por el Código civil que no se pueden

¹⁴ GINER GANDÍA, Judith, «El testamento digital sí existe y ya ha llegado», en Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló (coords), *Testamento ¿digital?*, Colección Desafíos Legales, Juristas con Futuro, 2016. Disponible en: <https://www.juristasconfuturo.com/ebooks/Testamento%20Digital%20-%20Ebook%20JCF.pdf> [Consulta: 5 octubre 2021].

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940 (RJ 1940/689).

¹⁶ Sobre esta idea, el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, contempla la posibilidad de designar en testamento a una persona para que se encargue de la protección, *post mortem*, de sus derechos de la personalidad. Del mismo modo, la Ley 14/2016, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, contempla en su artículo 9.2 la posibilidad de que el marido preste su consentimiento en testamento para la utilización de su material reproductor una vez fallecido. Además, el artículo 741 del Código civil, da por válido el reconocimiento de un hijo en testamento, incluso aunque éste sea revocado o las demás disposiciones fuesen nulas.

eludir, si bien es cierto que con los años, y tal y como bien señala VAQUER ALOY «la jurisprudencia ha intentado mitigar, a la hora de interpretar el artículo 687 del Código civil, su excesivo rigor, abriendo una línea antiformalista en aquellos casos en que la formalidad omitida tenga un carácter meramente accesorio e intrascendente»¹⁷. A pesar de ello, ni los testamentos comunes ni los especiales, pueden hacerse en su totalidad online ni en soportes informáticos. Así pues, referirse a «testamento digital» (o «online» o «virtual») como instrumento sucesorio no es correcto. En realidad, esta denominación, o más bien añadido, a la palabra testamento puede hacer referencia a dos cosas distintas: por un lado, a la forma a través de la cual se testa, es decir, en soporte digital, actualmente no permitida en nuestro ordenamiento jurídico; y, por otra parte, a las disposiciones testamentarias relativas a las voluntades digitales, sin contenido patrimonial en sentido clásico¹⁸.

Con todo, debemos hacer una breve referencia a la reforma que experimentó el artículo 65.5 de la Ley del Notariado por la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 (Disp. Final 11ª-1) respecto a los testamentos orales. Según lo dispuesto en dicho artículo para proceder a la adverbación y protocolización de este tipo de testamentos, «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 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». Este precepto, hasta la fecha, está destinado a ser válido exclusivamente en casos excepcionales, regulados tanto en el Código civil como en algunas legislaciones civiles autonómicas, tales como los testamentos otorgados en peligro de muerte y en tiempo de pandemia, los testamentos militares y marítimos otorgados sin intervención de notario, los testamentos abiertos, el testamento «hil-buruko» propio del Derecho civil Vasco y el testamento en peligro inminente de muerte ante el párroco y dos testigos o ante tres testigos en Derecho navarro¹⁹. Sin embargo, no ha tenido el suficiente peso como para vehicular la posibilidad de otorgar auténticos testamentos en soporte digital al alcance de cualquier situación.

¹⁷ VAQUER ALOY, Antoni, «La relajación de las solemnidades del testamento», *Revista de Derecho Civil*, Vol. III, (octubre-diciembre, 2016), núm. 4, Estudios, p. 13; SAP Gipúzkoa 15 mayo 2015 (Roj: SAP SS 481/2015).

¹⁸ TORRES GARCÍA, Teodora Felipa y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pp. 193- 201.

¹⁹ FERNÁNDEZ EGEA, María Ángeles, *La jurisdicción notarial en el ámbito sucesorio*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 131-144.

Al hilo de lo anterior, parte de la doctrina viene considerando que la modernización en materia de sucesiones es un imperativo categórico. Es una realidad que en el notariado se vayan incorporando nuevas tecnologías cuyo objetivo sea dar una mayor celeridad a la información y, consecuentemente, a la seguridad de las transacciones. Así pues, una parte de la doctrina está a favor de la posibilidad y defiende la factibilidad de que la voluntad testamentaria se pueda contener, con total garantía, en soportes o documentos electrónicos duraderos mediante audios o imágenes o cualquier otra forma digital que sea avalada con firma electrónica²⁰.

Este posicionamiento podría constituir un punto de partida si se produjese, en un futuro, una revisión legislativa de las formas testamentarias con la finalidad de actualizarlas y dar cabida a la instrumentalización de las voluntades sobre las titularidades digitales. En este sentido, CÁMARA LAPUENTE ha destacado que esta reforma podría dar pie a un debate sobre si, admitido este formato, «debería propiciarse un auténtico testamento digital notarial (haciendo uso de la firma electrónica y de los medios telemáticos existentes, incluida en su caso en la tecnología *blockchain*)»²¹.

Por tanto, de todo lo expuesto hasta ahora, se puede concluir que en la actualidad el uso del concepto de «testamento digital», y sus acepciones, para referirnos a que el instrumento sucesorio a través del cual se testa sea electrónico (en soporte digital) no es correcto. Distinto es el caso en el que el testador otorgase testamento (de los expresamente contemplados en el CCE) e incluyera previsiones que hacen referencia a sus voluntades digitales, ya tengan contenido patrimonial como contenido extrapatrimonial, en cuyo caso, y para un correcto uso del instrumento jurídico que se trata, debería denominarse testamento con disposiciones relativas a voluntades digitales.

Otro de los conceptos que podríamos poner en entredicho sobre si está, o no, bien empleado es el término «herencia digital». Según lo dispuesto en el artículo 659 del Código civil, «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte». Ante tal definición, se ha llegado a considerar que los términos de herencia y patrimonio son el mismo concepto y que lo que les diferencia es el momento en el que se encuentra la masa patrimonial de la

²⁰ LÓPEZ FRÍAS, María Jesús, «Testamentifacción en tiempos revueltos: especial consideración del testamento en caso de epidemia», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº 17 (2020), p.223; En este sentido, PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, «Sobre el cambio del paradigma del “soporte” en que la voluntad “testamentaria” quede contenida y su validez. A propósito de la STS 4 noviembre 2009», *Revista Aranzadi doctrinal*, nº 8 (2012), pp. 211-219.

²¹ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *op. cit.*, p. 412.

persona, es decir, en vida de la persona se le denomina patrimonio y, tras su muerte, ésta se convierte en herencia. Dejando al margen el debate sobre si resultan o no sinónimos, algunos autores si han manifestado que la diferencia entre ambos términos reside en que la herencia trasciende a la esfera extrapatrimonial, pues incluye aquellas relaciones jurídicas que se generan tras la muerte del causante²². A tal efecto, entiendo que el término «herencia digital» abarca tanto el contenido digital extrapatrimonial como el patrimonial²³. De este modo, la correcta utilización de este término dependerá de si se considera que la herencia engloba también el contenido extrapatrimonial²⁴.

De lo expuesto hasta ahora podría asimilarse a los términos de «heredero o sucesor digital», «legatario digital» y «albacea digital». Así pues, el heredero, en principio, sucede a título universal, hecho que no sucede con el «heredero digital». En cuanto al legatario implica necesariamente patrimonialidad y, como ya se ha expuesto con anterioridad, la «sucesión digital» puede consistir únicamente en la transmisión de elementos de carácter extrapatrimonial²⁵.

Por último, el concepto de «albacea digital» tampoco está bien empleado por una razón muy sencilla: la figura del albacea debe ser designada en testamento (art. 982 CCE). A tal efecto, y de todo lo expuesto hasta ahora, el denominado «testamento digital», que es el instrumento a través del cual se designa a una persona para llevar a cabo todas estas cuestiones, no es el testamento reconocido en el Código civil.

5. SUJETOS LEGITIMADOS

Cuando nos referimos a la «Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», y en cuanto a los datos y contenidos personales de una persona ya fallecida se refiere, no se puede hablar en sentido estricto de protección, como sí sucede con la protección que la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de derecho al honor, intimidad y propia imagen (en adelante Ley Orgánica 1/1982), pues dicha ley no regula la legitimación que puedan adquirir algunos sujetos para interponer

²² GARCÍA GOLDAR, Mónica, *La liquidación de la herencia en el Código civil español*, Colección Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, pp. 78 y ss.

²³ Por contenidos digitales extrapatrimoniales debemos entender las cuentas de correo electrónico, cuentas en redes sociales, etc; sin embargo, el contenido digital patrimonial hace referencia a las monedas digitales de bancos centrales, las bitcoin, NFT, etc.

²⁴ OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm.4 (octubre-diciembre), Estudios, p. 97.

²⁵ GARCÍA RUBIO, María Paz, *La distribución de toda a herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Civitas, Madrid, 1989, p. 89.

acciones cuya finalidad sea la defensa de esos derechos o datos frente a la actuación de otras personas que quieran contravenirlos.

En este punto debo referirme a la similitud existente entre la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley Orgánica 1/1982 con la LOPDGDD. En cuanto a la primera, los artículos 15 y 16 de su texto legal dan la posibilidad de que el autor pueda designar por disposición de última voluntad a personas, tanto naturales como jurídicas, la facultad de ejercer determinados derechos morales que forman parte del derecho de autor²⁶. Además, y al igual que ocurre en la LOPDGDD, el causante puede disponer instrucciones que debe seguir la persona designada y que deberá llevarlas a cabo de la forma establecida. Para el caso de que el autor no hubiese designado a ninguna persona, el ejercicio de tales derechos corresponderá a los herederos. Aquí vemos como, a diferencia de los que ocurre en la LOPDGDD, la Ley de Propiedad Intelectual establece un orden sobre las personas legitimadas para ejercer los derechos establecidos. En cuanto a la segunda, la Ley Orgánica 1/1982 dispone, en su artículo 4, la prioridad para recabar la protección del honor, la intimidad o la imagen de la persona fallecida, recae en aquella que la persona fallecida ha designado en testamento, en la que al igual que ocurre con la Ley de Propiedad Industrial también puede recaer en una persona jurídica. Sin embargo, y a diferencia de lo ocurre con la LOPDGDD y la Ley de Propiedad Intelectual, La Ley Orgánica 1/1982 legitima, para el caso en que el causante no haya designado a ninguna persona o bien la persona designada hubiese fallecido, al cónyuge, descendiente, ascendiente y hermanos, que viviesen al tiempo del fallecimiento del causante y, a falta de todos ellos, al Ministerio Fiscal.

6. EL SUCESOR Y EL ALBACEA DIGITAL

En el ámbito digital es muy importante distinguir entre el heredero o legatario, como beneficiarios de la sucesión, y la persona encargada de ejecutar la última voluntad del fallecido.

El Código civil establece la preferencia de la figura del albacea en la ejecución testamentaria, otorgando al heredero dicha función tan solo cuando el testador no realizó tal designación²⁷. Sin embargo, de la lectura de la LOPDGDD, y en cuanto a los datos personales y contenidos digitales se refiere, no se desprende esta solución, lo

²⁶ Estas facultades son el derecho al inédito, la forma en que debe divulgarse la obra (con el nombre del autor, bajo seudónimo o signo, o anónimamente), así como exigir el respeto a la integridad de la obra.

²⁷ A tal efecto, el artículo 911 del Código civil dispone que «[...] y en el de no haber el albacea aceptado el cargo, corresponderá a los herederos la ejecución de la voluntad del testador».

que provocará algunos problemas en cuanto a la interrelación entre la herencia o patrimonio digital y la protección de la personalidad pretérita del fallecido.

Antes de profundizar sobre este aspecto, quisiera resaltar unas diferencias significativas que existen entre la figura del albacea y la persona encargada para ocuparse de la gestión de los datos de una persona a su fallecimiento. Por una parte, el albacea debe nombrarse en testamento (art. 892 CCE); mientras que el encargo de los datos puede designarse, además de testamentariamente, en un documento específico *ad hoc*²⁸, aunque en la actualidad, legislativamente todavía no están reguladas las características que debe tener este documento para que sea considerado como válido. Por otra parte, y en cuanto al ámbito de actuación se refiere, mientras que el del albacea es más amplio, el del encargado de los datos está limitado a los datos y contenidos digitales establecidos en la LOPDGDD²⁹.

Según la LOPDGDD, aquellas personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho podrán, salvo que lo haya prohibido expresamente el causante o así lo establezca una ley, «acceder», «rectificar» o «suprimir» los datos personales y los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información, pudiendo en este último caso, además, dar instrucciones «sobre su utilización o destino»³⁰. Así pues, podríamos decir que se trata de algo muy similar a los derechos ARCO que tenía el finado antes de su óbito³¹.

Uno de los cambios que ha introducido la actual LOPDGDD de 2018 frente a la anterior legislación, tiene que ver con el acceso a los datos y contenidos digitales del finado. El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en su artículo 4.2 permitía a la personas vinculadas al fallecido únicamente «notificar el óbito [...] y solicitar, cuando hubiere lugar a ello, la cancelación de los datos»³², por lo que ni estas personas ni los herederos disponían del «derecho de

²⁸ OTERO CRESPO, Marta, *op. cit.*, p. 107.

²⁹ DÍAZ ALABART, Silvia, *La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas*, Ed. Reus, Madrid, 2020, p. 96.

³⁰ La LOPDGDD en su artículo 3 hace referencia exclusivamente a los datos personales de la persona fallecida, sin embargo, en el artículo 96 del mismo texto legal nos habla de «contenidos» digitales. Cuando el artículo 96 LOPDGDD expresa la acción de dar instrucciones «sobre su utilización o destino» se refiere al tener la potestad de decidir sobre si seguir manteniendo o eliminar los perfiles de las redes sociales, blogs, webs o foros en los que participase el fallecido, etc.

³¹ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *op. cit.*, p.142.

³² El artículo 4.2 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal

acceso» contemplado en el artículo 15 de la ya derogada ley de protección de datos de 1999³³. En cambio, el nuevo texto legal recoge tanto en el artículo 3 como en el artículo 96 que, si el fallecido o la ley prohibiesen el acceso a los datos personales o contenidos digitales, «dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante». A tal efecto, si admitiéramos sin ningún tipo de matiz el concepto de «acceso» a los datos y contenidos digitales del finado, considero que se trataría de un exceso que podría afectar negativamente a la protección de las personas ya fallecidas.

Por último, cabe resaltar el amplio número de personas que están legitimadas para acceder a los datos personales y contenidos digitales del fallecido donde, además, no existe ningún orden de preferencia entre ellos, salvo que el finado lo haya prohibido de forma expresa. Cabe destacar que, en el proyecto de LOPDGDD, las únicas personas legitimadas eran los herederos, albaceas y personas o instituciones designadas por el fallecido. Fue durante la tramitación que se amplió este número de personas al incorporar a «las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho». Tal y como señala Cámara, esta última incorporación tenía cabida al pensar que esos legitimados para actuar debían coincidir con quienes pueden defender la memoria defuncti de conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982³⁴.

Este escenario nos conduce a preguntarnos qué ocurre cuando las decisiones que tomen cada uno de los legitimados sean contradictorias entre ellos. La ley no prevé ningún sistema para resolver dichas contradicciones. A tal efecto, y tal y como señala Díaz Alabart al poner como ejemplo un contexto en el que una de las personas legitimadas accede a los contenidos digitales del fallecido y comunica al responsable del servicio que elimine el perfil del difunto, mientras que otra de las personas legitimadas le solicita que la mantenga, es que «no se puede exigir a los prestadores de servicios una pesquisa compleja para averiguar a quién de entre todos los posibles legitimados es al que hay que facilitarle el acceso a datos y contenidos»³⁵.

dispone expresamente «Este reglamento no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas. No obstante, las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, podrán dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de éste con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo, y solicitar, cuando hubiere lugar a ello, la cancelación de los datos».

³³ Sobre este asunto pueden verse, entre otras, las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos de 28 de enero de 2013 (Procedimiento Nº: TD/00212/2013) y 23 de mayo de 2012 (Procedimiento Nº: TD/01718/2012).

³⁴ CÁMARA LAPUENTE, Sergio., *op. cit.*, p. 432.

³⁵ DÍAZ ALABART, Silvia., *op. cit.* p. 98.

Además de lo expuesto hasta ahora, debe tenerse en cuenta que gran parte de los principales prestadores de internet (como Facebook, Instagram, Twitter, entre otros), se han hecho eco de esta problemática y ya han contemplado entre las condiciones de uso las pautas a seguir cuando el usuario fallece³⁶. Sin embargo, llegado el momento debería estudiarse hasta qué punto estas pautas son vinculantes tanto para sus clientes como para las personas legitimadas, ya sean designadas por el causante o por la ley.

Con todo, las personas que reciben el encargo de la gestión de los datos no pueden ser considerados como representantes, ya que la persona que les designó y facultó para llevar a cabo esta específica tarea ha fallecido y, por tanto, no puede ser representada por nadie. Tampoco se les puede considerar como herederos, pues no suceden a título universal y, consecuentemente, no ocupan el lugar del causante en las situaciones jurídicas transmisibles.

7. PRUEBA DE LA LEGITIMACIÓN

Ya hemos visto quiénes son los sujetos que están legitimados para el acceso y gestión de los datos personales y contenidos digitales de la persona fallecida. No obstante, el designado, para poder cumplir su encargo, necesitará probar frente a los prestadores de servicios, responsables o encargados del tratamiento de los datos y contenidos del causante, por una parte, que realmente se ha producido la muerte del causante; y, por otra parte, su legitimación para poder actuar en su nombre.

Probar la muerte del causante resulta relativamente sencillo, ya que aportando el certificado de defunción expedido por el Registro correspondiente o el auto de declaración de fallecimiento es suficiente. Sin embargo, para probar la legitimación de la persona designada, puede resultar ser algo más complicado, aunque ello dependerá si tal designación la realizó el propio causante o bien se ha producido por ministerio de la ley.

En el primer caso, cuando la persona legitimada lo ha sido por el propio causante, es necesario que aporte, además de cualquier documento oficial que permita la identificación de la persona en cuestión, el documento *mortis causa* en el que se incluya la designación, ya sea el testamento o el documento de voluntades digitales.

Distinto resulta el segundo caso, en el que la designación se ha producido por ministerio de la ley, ya que se pueden dar distintas situaciones dependiendo del grado

³⁶ CÁMARA LAPUENTE, Sergio., *op. cit.* p. 433.

de vinculación con el finado. Así pues, nos podemos encontrar con que el designado es cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del causante, en estos casos la prueba documental también resulta sencilla ya que basta con aportar un certificado del Registro Civil o el libro de familia. Diferente es el caso en el que la persona designada es la pareja de hecho del difunto, pues si la pareja se inscribió en Registro específico existente en su comunidad autónoma con una certificación oficial de éste basta. De no hallarse inscrita, es necesario aportar todos aquellos datos que demuestren con suficiente certeza la convivencia *more uxorio*³⁷.

Cuando se trata de los herederos y del albacea, basta aportar una copia del testamento. En cambio, cuando se debe probar que se trata de un pariente colateral de grado más lejano al de hermano del causante la actividad probatoria se complica a pesar de que lo puedan realizar de forma documental. Por ello, en estos casos necesitarán demostrar a través de diversos documentos fehacientes la verdadera relación familiar que les une con el finado.

Con todo, la mayor dificultad para probar la legitimación para ejecutar el encargo recae sobre «las personas vinculadas al fallecido por razones [...] de hecho» que establece tanto el artículo 3 como el 96 de la LOPDGDD. En estos casos, los indicios para probar el vínculo con el causante suelen ser endebles provocando la negativa a dar acceso a los datos solicitados por parte de los prestadores de servicios o responsables del tratamiento.

8. PLAZOS DE ACTUACIÓN

A pesar de que la LOPDGDD no dice nada respecto los plazos a los que deberían circunscribirse las personas legitimadas para gestionar los datos personales y contenidos digitales, su regulación deviene necesaria principalmente por dos motivos: en primer lugar, para dotar de eficacia la gestión encomendada a los legitimados; y, en segundo lugar, para definir y delimitar la responsabilidad de los responsables de los servicios en la red.

Algunos autores se han aventurado a manifestar que el plazo de actuación de las personas legitimadas debería ser corto, apoyando su opinión en el artículo 904 del Código civil referente a los plazos de los que dispone el albacea para cumplir su encargo pues, como ya se ha expuesto con anterioridad, es la figura jurídica que más se asemeja al encargado de gestionar los datos³⁸.

³⁷ DÍAZ ALABART, Silvia, *op. cit.*, p. 146.

³⁸ DÍAZ ALABART, Silvia, *op. cit.*, p. 148.

De conformidad con el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código civil, *a priori* el causante podría establecer la duración del plazo para llevar a cabo la gestión encomendada, sin embargo, este campo resulta desierto cuando no se ha dispuesto de forma expresa este hecho o bien cuando se produce la designación según la ley.

A pesar de todo, la LOPDGDD sí dedica un precepto al cómputo de los plazos. De este modo, en la Disposición adicional tercera de dicho texto legal establece un régimen especial³⁹, el cual será aplicable a todos aquellos plazos establecidos tanto en el RGPD, como para los establecidos en la propia LOPDGDD.

9. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DEL ENCARGO

Una vez se ha determinado quien es la persona a la que se le atribuye el encargo concreto de gestionar los datos personales y contenidos digitales, ya sea por haberse atendido la voluntad del causante o, en su defecto, por la designación legal, pueden ocurrir dos cosas: o bien que la persona designada realice su encargo diligentemente, o por el contrario, que no se lleve a cabo dicho encargo o bien que, de llevarse a cabo, lo realice incorrectamente.

Frente a este segundo caso, en el que el designado incumple su mandato o bien el cumplimiento lo realiza de forma incorrecta, pueden darse dos consecuencias: por un lado, la remoción del designado y, por otro lado, la exigencia de la responsabilidad de la persona designada por los daños causados. Pasamos a analizar ambos casos⁴⁰.

9.1. Remoción del designado

La remoción puede darse en el caso de que la persona designada para ejercitar la función de gestión de los datos y contenidos digitales ha aceptado el encargo.

Ya se ha expuesto con anterioridad, la analogía que existe entre el encargado *post mortem* de los datos y la figura jurídica del albacea. Tanto es así que, cuando exista

³⁹ «[...] a) Cuando los plazos se señalen por días, se entiende que estos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos. b) Si el plazo se fija en semanas, concluirá el mismo día de la semana en que se produjo el hecho que determina su iniciación en la semana de vencimiento. c) Si el plazo se fija en meses o años, concluirá el mismo día en que se produjo el hecho que determina su iniciación en el mes o el año de vencimiento. Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes. d) Cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente».

⁴⁰ DÍAZ ALABART, Silvia, *op. cit.*, p. 148.

identidad de razón, resultará aplicable lo dispuesto en el Código civil para la remoción del albacea (art. 910 CCE). De este modo puede pedirla cualquier interesado, aunque no puede quedar al arbitrio de éste.

Si atendemos a lo dispuesto en el artículo 910 del Código civil, y por analogía entre ambas figuras, la remoción puede ser aceptada por el encargado de los datos renunciando a su cargo, o puede ser decretada judicialmente.

El Código civil tan solo menciona la remoción como terminación del albaceazgo, y sin hacer ninguna referencia a las causas que puedan determinarla. La jurisprudencia ha sido la encargada de ir completando este vacío legal, y ha ido determinando las siguientes causas de remoción. Así pues, son causas de remoción: la incapacidad para el ejercicio del cargo, los graves conflictos de intereses⁴¹, la negligencia o mala administración del designado por incumplimiento de sus deberes, excesiva demora en sus funciones⁴², o por notoria ineptitud para desempeñarlo⁴³, haber incurrido en causa de remoción impuesta por el finado, o haber incurrido el designado en alguna causa de indignidad respecto del causante. Esta última causa es dudosa, ya que lo que impiden las causas de indignidad es que la persona indigna pierda los derechos sucesorios, mientras que en estos casos lo que se trata es de llevar a cabo un encargo, y no se recibe, por tanto, ningún bien del finado. Esta causa de remoción encajaría desde el punto de vista en que se trata de un encargo de confianza a una persona concreta y, consecuentemente, las causas de indignidad se refieren a conductas que se producen y que son totalmente incompatibles con esa confianza.

Las personas legitimadas para solicitar la remoción del encargo de gestionar los datos personales y contenidos digitales son: los herederos, albaceas y cualquier persona que tenga un interés legítimo⁴⁴.

⁴¹ Es poco probable que suceda esta situación, sin embargo, podría existir en el caso de que hubiese una enemistad manifiesta entre el designado y el causante, bien porque la designación se ha realizado *ex lege*, o bien porque la enemistad se haya producido una vez ya se realizó la designación y el causante no revocó la designación.

⁴² Un mal desempeño del cargo abarca desde el supuesto de que la persona designada no lleva a cabo ningún tipo de actividad; que no actúa de conformidad a las instrucciones que, en su caso, hubiese dejado el causante; o bien que la gestión no se corresponda con los estándares de diligencia esperados; o incluso, que el designado lleve a cabo actos fraudulentos como utilizar los datos o contenidos digitales en su propio beneficio.

⁴³ Se trata de aquellos supuestos en los que al sujeto le falta, de forma totalmente objetiva, unas mínimas facultades para llevar a cabo su encargo. A tal efecto puede verse la STS 2 diciembre 1991 (TOL 1728382).

⁴⁴ DÍAZ ALABART, Silvia., *op. cit.* p. 151.

9.2. Exigencia de responsabilidad

A pesar de que el artículo 28 de la LOPDGDD establece de forma expresa las obligaciones generales del responsable y encargado del tratamiento, nada dice sobre la responsabilidad de la persona designada para llevar a cabo el encargo. No obstante, cabe entender que, si bien está reflejada la correspondiente responsabilidad por los daños causados ante el incumplimiento por parte de los primeros, esta situación también debe existir para aquellas personas que se ocupan de la gestión de intereses ajenos, y consecuentemente las personas encargadas de gestionar los datos y contenidos digitales del fallecido⁴⁵.

De este modo, y tal y como algunos autores ya han señalado, en estos casos la analogía con la figura jurídica del albacea puede servirnos para extrapolar esta responsabilidad al designado. Tal y como señala Albaladejo «los albaceas [...], cumplen un encargo o desempeñan un *officium mortis causa*»⁴⁶, al igual que ocurre con el encargado de los datos del fallecido, pues es un ejecutor de la voluntad del causante.

Con todo, para poder reclamar cualquier tipo de responsabilidad, es necesario que previamente se informe de la actuación realizada por el designado. A tal efecto, y en caso de estar identificados, los herederos podrían pedir al designado por el causante para la gestión de sus datos, explicaciones e información sobre la tarea que ha realizado al respecto. El hecho de que sean los herederos y no otras personas los que pueden realizar esta solicitud, tiene su fundamento en la analogía que existe con la figura del albacea, así pues «los albaceas deberán dar cuenta de su encargo a los herederos» (art. 907 CCE). Ahora bien, de no estar determinados los herederos o bien son desconocidos, cabría la posibilidad de que tuvieran que justificar su actuación ante el juez.

La responsabilidad del designado como gestor de los datos personales y contenidos digitales del finado se deberá regir por lo dispuesto en los artículos 1101 y ss. del Código civil. Los legitimados para poder exigir dicha responsabilidad serán los

⁴⁵ Más aun cuando el art. 29 de la LOPDGDD y el art. 26 del RGPD versan sobre la corresponsabilidad del tratamiento.

⁴⁶ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *El albaceazgo en el Derecho español (común y catalán)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, p. 628.

herederos, los perjudicados por la gestión o falta de gestión del designado, así como los legitimados por el causante o por la ley para la gestión de los datos personales y contenidos digitales del finado.

En aquellos casos en los que el causante haya designado a más de una persona para que actúen todas ellas de forma simultánea, lo primero que hay que hacer es determinar el régimen de funcionamiento que se les ha encomendado, es decir, si es solidario o mancomunado.

Para el caso de que la gestión sea mancomunada, estará exento de responsabilidad aquel de los designados que se haya opuesto fehacientemente a realizar el acto en cuestión y que ha propiciado la responsabilidad, a pesar de que por las características de actuación ésta debe ser conjunta y, por ende, la responsabilidad derivada de su actuación también. En cambio, si la gestión es solidaria y la actuación la ha llevado a cabo solo uno de los designados, la responsabilidad recaerá exclusivamente sobre aquel que la realizó, salvo que hubiese actuado en representación de los demás, pues en tal caso la responsabilidad será de todos los designados⁴⁷.

Para llevar a cabo de una forma eficiente el encargo, el designado – al que, en este punto, y por analogía, se le aplican las reglas del mandato (art. 1728 y 1729 CCE) – también goza de una serie de derechos que puede hacer valer y que permitirán que la ejecución de su cometido no afecte a la esfera patrimonial del designado. Por ello, el gestor de los datos personales y contenidos digitales del causante, tiene derecho a ser resarcido por los daños que sufra, siempre que no sea su culpa, al desempeñar su encargo; también podrá reclamar, con cargo de la herencia, el importe de todos aquellos gastos necesarios que haya soportado; así como solicitar el anticipo de todas aquellas cantidades que sean necesarias para poder dar cumplimiento a la gestión encomendada.

Tal y como señala Díaz Alabart, la indemnización obtenida por los daños derivados del incumplimiento o mala gestión del encargo encomendado, debe integrarse en la

⁴⁷ Cuando exista pluralidad de personas designadas, es necesario remitirse al artículo 1723 del Código civil, el cual hace referencia a las situaciones en que existen más de un mandatario, y dispone que la responsabilidad de los mandatarios, «aunque hayan sido instituidos simultáneamente, no es solidaria, si no se ha expresado así».

herencia del causante⁴⁸. De esta manera formará parte del caudal relicto para, posteriormente, proceder a la partición⁴⁹.

10. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, cabe sintetizar todo lo expuesto en forma de conclusión. Para empezar, el aumento del uso de la tecnología es una realidad creciente y de innegable relevancia en nuestra vida. Por ello, es necesario plantearse y regular todos aquellos aspectos jurídicos que envuelven la idea de lo que ocurrirá cuando una persona fallece con todos los contenidos digitales que ha ido creando o generando a lo largo de su vida. Además, también es necesario controlar y limitar el acceso a los datos digitales para evitar cualquier vulneración de los derechos de la personalidad.

El concepto de bienes y recursos digitales es complejo, tanto para poder definirlo como para sintetizarlo, ya que abarca desde aquellos bienes que carecen de valor económico hasta aquellos que sí lo tienen. Además, cada vez resulta más difícil establecer el límite entre lo que tiene un valor sentimental o moral de lo que alberga un valor monetario.

Considero que la nueva LOPDGDD no ha tratado de una forma lo suficiente cabal y que ampare la complejidad del Derecho sucesorio. Con todo, considero que la finalidad de la LOPDGDD es la de asegurar una protección *post mortem* de la personalidad pretérita del causante quedando excluida la idea de que ésta sea la de establecer una prohibición de la sucesión *mortis causa* de los derechos personalísimos de la persona.

En cuanto a la protección jurídica de los datos personales y los contenidos digitales entendemos que no debería haber diferencia entre ambos términos, ya que algunos de los contenidos digitales pueden contener datos que no sean puramente personales pero que, indirectamente, lleven de forma connatural el carácter de dato personal. Además, en ambos casos, se puede producir una vulneración del derecho al honor, intimidad personal o a la propia imagen de la persona.

⁴⁸ DÍAZ ALABART, Silvia, *op. cit.*, p. 153.

⁴⁹ La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de febrero de 1993 hace referencia a la indemnización por daños causados por el albacea y dice: «La indemnización de daños y perjuicios en materia de albaceazgos, opera no como una responsabilidad propiamente contractual, sino como consecuencia obligada del deber jurídico que asume por razón de su aceptación del cargo. De esta manera está obligado a la indemnización de daños y perjuicios, si constan acreditados, cuando actúa con negligencia o morosidad, con culpa o dolo, según los artículos 1101, 1102, 1103 y 1104 y de aplicada concordancia del Código civil, pero no conforme al precepto 1902. Incluso cabe también atribuir responsabilidad indemnizatoria, no sólo cuando se da ejercicio incorrecto y anómalo del cargo, sino por su no ejercicio, en base a una conducta relacionada y constatada con resultados dañosos debidamente averados». STS (1ª) 20 febrero 1993 (ROJ: STS 787/1993).

Con todo, considero que uno de los grandes desaciertos de la nueva LOPDGDD es que se establece un amplio número de personas legitimadas para acceder a los datos personales y contenidos digitales del fallecido sin establecer ningún orden de preferencia. Este hecho puede generar multitud de conflictos ante decisiones contradictorias tomadas por distintas personas, todas ellas legitimadas.

En cuanto a las consecuencias a los que se enfrentaría el designado ante el incumplimiento de su mandato o su realización de forma incorrecta serían su remoción y la posibilidad de exigirle responsabilidad por los daños causados.

Por último, estamos a la espera de que se reglamente sobre los instrumentos que el causante puede utilizar para establecer las instrucciones sobre sus datos y contenidos digitales.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *El albaceazgo en el Derecho español (común y catalán)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969.

AMÉRIGO ALONSO, José, «La tramitación administrativa del anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal», en José López Calvo (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 85-116.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La sucesión mortis causa en el patrimonio digital: una aproximación» (conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid el 24 de enero de 2019), *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, (2019), nº 84.

DÍAZ ALABART, Silvia, *La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas*, Ed. Reus, Madrid, 2020.

EGEA, María Ángeles, *La jurisdicción notarial en el ámbito sucesorio*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016.

GARCÍA GOLDAR, Mónica, *La liquidación de la herencia en el Código civil español*, Colección Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

GARCÍA RUBIO, María Paz, *La distribución de toda a herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Civitas, Madrid, 1989.

GINER GANDÍA, Judith, «El testamento digital sí existe y ya ha llegado», en Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló (coords), *Testamento ¿digital?*, Colección Desafíos Legales, Juristas con Futuro, 2016. Disponible

en:<https://www.juristasconfuturo.com/ebooks/Testamento%20Digital%20%20Ebook%20JCF.pdf> [Consulta: 5 octubre 2021].

LÓPEZ FRÍAS, María Jesús, «Testamentifacción en tiempos revueltos: especial consideración del testamento en caso de epidemia», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº 17 (2020), pp.220-235.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Núria, «Reflexiones en torno a la protección *post mortem* de los datos personales y la gestión de la transmisión *mortis causa* del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDGDD», *Derecho y Constitución*, julio-diciembre (2019), nº 35, pp. 169-212.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Herencia y protección de datos de persona fallecida. A propósito del mal llamado testamento digital», *Revista de derecho privado*, vol. 104 (2020), nº 1, pp. 59-88.

OTERO CRESPO, Marta, «La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm.4 (octubre-diciembre), Estudios, pp. 89-133.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, «Sobre el cambio del paradigma del “soporte” en que la voluntad “testamentaria” quede contenida y su validez. A propósito de la STS 4 noviembre 2009», *Revista Aranzadi doctrinal*, nº 8 (2012), pp. 211-219.

REVUELTA DE ROJAS, Isabel, «Principales hitos en la tramitación parlamentaria de la LOPDGDD», en López Calvo, José, *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Wolkers Kluwer, Madrid, 2019, pp. 117-140.

ROVIRA SUEIRO, María E., «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en Fernando Reglero Campos (Coord.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002, pp. 430- 431.

SOLÉ RESINA, Judith, «Las voluntades digitales: marco normativo actual», *Anuario de Derecho civil* (2018), Tomo LXXI, fasc. II, pp. 417-440.

TORRES GARCÍA, Teodora Felipa y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.

VAQUER ALOY, Antoni, «La relajación de las solemnidades del testamento», *Revista de Derecho Civil*, Vol. III, núm. 4 (octubre-diciembre, 2016), Estudios, pp.9-34.

WOOD, Andrew F.; SMITH, Matthew J., *Online communication: linking technology, identity, and culture*, Routledge, New York, 2005.

Fecha de recepción: 11.11.2021

Fecha de aceptación: 12 .06.2022