ACTIVIDAD INSPECTORA AUTOMATIZADA EN EL ENTORNO DIGITAL. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO (*)

PILAR JUANA GARCÍA SAURA
Profesora titular de Derecho Administrativo
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. BIG DATA Y ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA. CAMBIO DE PARADIGMA EN LA ACTIVIDAD INSPECTORA.– II. INSPECTOR BOT O CRAWLER. APROXIMACIÓN.– III. EXIGENCIAS NORMATIVAS PARA LA LICITUD DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA: 1. Requisitos previos para la automatización. Condicionantes derivados de la Ley 40/2015 LRJSP. 2. Actividad administrativa automatizada en el ámbito tributario y laboral. Estudio comparativo: A) Determinación previa del órgano u órganos competentes para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoria del sistema de información y de su código fuente: a) Identificación de la Administración y órgano competente. b) Identificación del órgano competente para la definición de especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad del sistema de información. c) Conclusiones. B) Determinación del órgano considerado responsable a efectos de impugnación. C) Necesidad de una aprobación previa del sistema. 3. ¿Qué ocurre cuando no se cumplen estos requerimientos?.– IV. ACTIVIDAD INSPECTORA REALIZADA POR MEDIOS TRADICIONALES VERSUS ACTIVIDAD INSPECTORA AUTOMATIZADA. BREVE REFLEXIÓN.– V. CARACTERÍSTICAS DE LAS ÁREAS DONDE PUEDEN SER REALIZADAS ACTIVIDADES INSPECTORAS AUTOMATIZADAS. LÍMITES: 1. Primer límite: el carácter de la actividad. 2. Segundo límite: naturaleza de la potestad ejercida.– VI. IMPLICACIONES JURÍDICO-PRÁCTICAS DEL USO DEL WEB SCRAPING EN AUSENCIA DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA PROCEDIMENTALIZADA: 1. Actividad inspectora automatizada y su motivación. 2. Valor probatorio del informe generado por web scraping. Supuestos distintos: A) Web scraping realizado por funcionario público. B) Web scraping realizado por empresa ajena a la Administración Pública. El caso de la inspección sobre las VUT. 3. Necesidad de realización de actividad inspectora ulterior con posibilidad de incluir declaraciones o datos aportados por tercero.– VII. MEDIOS DE DEFENSA DEL CIUDADANO ANTE LA CAPTURA MASIVA DE DATOS. LA TRANSPARENCIA COMO ELEMENTO

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 09/11/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 21/11/2022.

Este trabajo es fruto del proyecto de investigación «Datos abiertos y reutilización de la información del sector público en el contexto de su transformación digital: la adaptación al nuevo marco normativo de la Unión Europea» (ref. PID2019-105736GB-I00), financiado por Ministerio de Ciencia e Innovación – AEI (10.13039/501100011033).

CLAVE.– VIII. ¿ES POSIBLE UN PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN AUTOMATIZADO EN EL ÁMBITO DE LAS VUT?. CONCLUSIONES.– IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En este artículo se analiza la actividad inspectora automatizada —ya vigente en algún ámbito de la Administración— y los retos jurídicos que se están planteando con especial referencia al ámbito de las viviendas de uso turístico. Se profundiza en las actuaciones automatizadas y la figura del inspector robot o *scraper* en la Administración turística poniendo de manifiesto los retos jurídicos que se plantean.

Palabras clave: actividad inspectora; automatización; exigencias normativas; inspector robot.

ABSTRACT: *This article analyzes the automated inspection activity —already in force in some areas of the Administration— and the legal challenges that are arising with special reference to the field of tourist dwellings. It delves into the automated actions and the figure of the robot inspector or scraper in the tourism administration, highlighting the legal challenges that arise.*

Key words: *inspection activity; automation; regulatory requirements; robot inspector.*

I. BIG DATA Y ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA. CAMBIO DE PARADIGMA EN LA ACTIVIDAD INSPECTORA

Inmersos como estamos en una cuarta revolución industrial, la Administración se enfrenta a nuevos retos. Concretamente, la actividad inspectora de la Administración ha evolucionado en relativamente poco tiempo desde una precariedad en medios —propia de finales del siglo pasado— a la revolución tecnológica propiciada por el entorno digital en el que vivimos. Como sostiene PONCE SOLÉ, esta revolución está suponiendo un profundo impacto en las personas, la sociedad y el Derecho «*en la línea de los que generaron las revoluciones científicas y humanas de los siglos XVIII y XIX que dieron lugar al nacimiento del Derecho Administrativo, de cuyos paradigmas básicos aún seguimos viviendo en gran medida*» (1). Así, la explotación de macro-datos o *big data* con herramientas automatizadas e inteligencia artificial sirve hoy para, entre otras muchas cosas, preseleccionarnos para ser inspeccionados, o directamente sancionados... y, por lo general, ni nos enteramos. Tampoco podemos estar muy seguros de que el sector público que utiliza estas tecnologías las use correctamente. La transformación digital y las tecnologías disruptivas encabezadas por el *big data* y la Inteligencia Artificial (en adelante IA) están haciendo cambiar nuestro sector público y al Derecho.

(1) J. PONCE SOLÉ (2019: 32).

La Comunicación de 2018 de la Comisión, titulada *Inteligencia artificial para Europa*, ya resaltaba que el uso del *Big data* y la IA, permitirían la mejora de las políticas públicas y las decisiones administrativas, así como el avance hacia la consecución del buen gobierno y la buena administración (2). La IA se basa en el uso intensivo de datos facilitados por las tecnologías de *Big data* (3) que se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar los datos y pasar a la acción —con cierto grado de autonomía— con el fin de alcanzar objetivos específicos. Un concepto más avanzado, definiría a la IA como aquella capacidad reconocida a un sistema que le permite interpretar correctamente datos externos, aprendiendo de dichos datos y empleando esos conocimientos adquiridos para realizar tareas y alcanzar metas concretas a través de la adaptación flexible, siendo esta última la nota característica de la IA (4).

La importancia del *Big data* está comenzando a ser visible en la Administración pública mediante la creación de nuevas unidades administrativas dentro de la estructura orgánica de las administraciones, sin embargo, en nuestro país, su aparición es mucho más reciente (5). Concretamente, el ejemplo más paradigmático es el uso del *Big data* y la IA realizado en los ámbitos tributario y laboral —Seguridad Social—. Así, las Directrices Generales del Plan Anual de Control tributario y Aduanero de 2018 establecían que «*para mejorar la eficacia del uso de la información de que dispone la Agencia Tributaria se utilizarán nuevas técnicas de análisis de datos. Se desarrollarán nuevos modelos de detección de fraude basados tanto en técnicas analíticas como en el análisis de redes mediante técnicas de Big data*» (6). Por su parte, el Real Decreto— Ley 2/2021, de 26 de enero, sobre refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo contempla, por vez primera, el supuesto de actas de

(2) Comunicación de 2018 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 25.4.2018 COM(2018) 237 final.

(3) Conjunto de tecnologías que proporcionan herramientas de procesamiento y almacenamiento de datos que pueden provenir de fuentes heterogéneas, con estructuras diferentes o sin estructurar y que son generados a gran velocidad. En definitiva, conjuntos de datos o combinaciones de conjuntos de datos cuyo volumen, complejidad y velocidad de crecimiento dificultan su captura, gestión, procesamiento o análisis mediante tecnologías y herramientas convencionales.

(4) Así es definida por D. TERRÓN SANTOS (2022: 21).

(5) El Ayuntamiento de Nueva York creó la *Mayor's Office of Data Analytics* <https://www.nyc.gov/content/oti/pages/>; en España el Ayuntamiento de Barcelona existe la Oficina Municipal de Datos <https://ajuntament.barcelona.cat/digital/es/transformacion-digital/city-data-commons/oficina-municipal-de-datos>, fecha de último acceso: 3 marzo 2022.

(6) Resolución de 8 de enero de 2018, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control tributario y Aduanero de 2018, *BOE* 23 enero 2018, núm. 20.

infracción extendidas en el marco de actuaciones administrativas de inspección automatizadas (7) materializándose la regulación de un procedimiento sancionador promovido mediante actuación administrativa automatizada por infracciones de orden social y para expedientes liquidadores de cuotas de la Seguridad Social a través del posterior Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto, de modificación del reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones (8).

Llegados a este punto, es necesario señalar el papel capital que, en la actualidad, debe jugar la Administración inspectora. Y sabido es que, en los últimos años, se ha producido un grandísimo crecimiento de la información disponible en internet. Esta mayor disponibilidad de datos facilita el desarrollo de nuevas herramientas de análisis y tratamiento de los mismos y de nuevas tecnologías para la mejora en la detección de ilícitos a través del uso de las tecnologías digitales. En particular, como señala VEGA VICENTE, dentro de estas nuevas herramientas cobran un gran protagonismo aquellas de carácter proactivo que permiten la mejora de la detección de oficio (9). Consiste en el uso de programas informáticos para introducirse en tiempo real en bases de datos o páginas web de la propia Administración o un tercero, extrayendo los datos para un análisis posterior. A estas herramientas se les suele denominar *screening* o filtrado y están diseñadas para analizar determinada información observable, circunscribiéndose, no a todos los tipos de incumplimiento sino solo a aquellos que puedan dirimirse con relativa sencillez o automaticidad como puede ser, el retraso en dar de alta a un trabajador sobrepasando los plazos legales o la falta del número registro de las viviendas de uso turístico que se publicitan en las plataformas digitales colaborativas. Así, la Administración turística puede vincular los datos obtenidos en la red (a través del análisis de los datos obrantes en las plataformas colaborativas o de las redes sociales —como por ejemplo Instagram—) con sus propias bases de datos y confirmar, en un tiempo muy reducido, si un particular comercializa su vivienda como VUT de manera ilegal.

Debemos partir de que esta actividad es ya una realidad en el mundo digital en el que vivimos. Muestra al respecto es que el Consejo Constitucional Francés en su decisión de 27 de diciembre de 2019 (10), examinando la validez de un sistema de *Big data* para apoyar la selección de objetivos de la Inspección de Hacienda permite a las autoridades Tributarias recolectar datos públicos que existían en internet sobre los sujetos obligados en búsquedas de

(7) BOE 27 enero 2021, núm. 23.

(8) BOE 5 agosto 2021, núm. 186.

(9) P. VEGA VICENTE (2022: 221).

(10) Decisión n.2019-796DC.

indicios de fraude (ej. Página web de una empresa que vende productos, pero no paga tributos, etc.). Así, en este entorno/ecosistema digital, la Administración Pública no sólo debe ser capaz de realizar lo que se viene denominando actividad administrativa automatizada, sino que se está viendo obligada a ello.

En definitiva, se trata, pues, de una actividad administrativa automatizada definida por la LRJSP (art. 41) como *«cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público»* (11). Así mismo, el Real Decreto 688/2021, que modifica el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social la delimita como *«cualquier actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la que la intervención del personal con funciones inspectoras se produzca de forma indirecta»* (12) así, se establece que, procedimientos sancionadores, pueden ser iniciados por actas extendidas de forma automatizada, es decir, sin intervención directa de un funcionario actuante en su emisión pero sin perjuicio de que pueda realizarse una posterior intervención, en fase instructora, de personal con funciones inspectoras.

Nos referimos, pues, a toda actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular incluyendo la producción de actos de trámite o resolutorios de procedimientos, así como de meros actos de comunicación. Sin embargo, como destaca MARTÍN DELGADO, la automatización de actuaciones administrativas *«no se refiere sólo al momento decisorio, sino a todas las actuaciones administrativas que puedan darse en el marco de un procedimiento administrativo»* (13). También la automatización puede comprender a las actuaciones llevadas a cabo por la Administración sin sometimiento a un procedimiento administrativo, nos referimos a actuaciones independientes o aisladas como las que son fruto de la actividad inspectora. Por su parte, VELASCO RICO distingue entre actividad material e informal de la Administración (14), pudiendo algunas actividades inspectoras incluirse dentro de esta última, propiciada por la eclosión, entre otros aspectos, de los conceptos de gobernanza y

(11) Esta noción no supone cambio alguno en cuanto a su concepto sobre lo previsto en la derogada Ley 11/2007 de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, BOE 23 junio 2007, núm. 150, pero sí que se pormenorizan unos nuevos requisitos para el empleo del recurso.

(12) BOE 5 agosto 2021, núm. 186.

(13) Vid. I. MARTÍN DELGADO (2009: 368).

(14) C. VELASCO RICO (2022: 42).

de Administración en red, motivado por un entorno de alta complejidad social, económica y tecnológica. Las actuaciones informales de la Administración se vuelven imprescindibles en este escenario. En el mismo sentido se posiciona CERILLO que considera que la proliferación de la Administración en red —derivada de los grandes cambios tecnológicos—, ha provocado una mutación en la actividad administrativa favoreciendo la importancia de la actuación informal, debiéndosele atribuir a este tipo de actuaciones más valor (15).

En definitiva, la actuación administrativa automatizada basada en el uso del *Big data* por parte de la Administración en el ejercicio de la actividad inspectora y sancionadora, supone que el control pueda ser lo más exhaustivo, posible y determinante para detectar los incumplimientos de los deberes formales por parte del obligado. Esto es así en la mayoría de los casos, aunque, como se verá en este trabajo, son muchos y graves los problemas que está generando el uso de esta tecnología en el ámbito del turismo y, más concretamente, en el del control de las VUT. Esta realidad también comporta la superación de bastantes retos por parte de la Administración Pública dentro del ámbito de la automatización de sus actividades de inspección. Concretamente, este cambio de paradigma suscita cuestiones relativas, sobre todo, a la privacidad y a la protección de datos, como destaca BARRIO ANDRÉS «*qué datos se recogen y cómo se utilizan, quienes tienen acceso, cómo se retienen y durante cuánto tiempo, cómo se almacenan, en qué medida son datos personales o anónimos (...) o bajo qué condiciones se exigirá legalmente a las plataformas que compartan los datos con los poderes públicos*» (16).

En este sentido, nos vamos a referir a continuación a determinados aspectos jurídicos de carácter teórico-práctico suscitados por el uso de estos sistemas automatizados por parte de la Administración. Trataremos fundamentalmente de la problemática sobre la inspección de las VUT. De esta forma, partiendo de la conceptualización del *web scraping* y del *inspector bot* o *crawler* como paradigma de la automatización, se analizarán las exigencias normativas para la licitud de la actuación administrativa automatizada. Así, partiendo de lo establecido en la Ley 40/2015 LRJSP se realiza un estudio comparado sobre la actualidad administrativa automatizada en el ámbito tributario y laboral donde se analizan cuestiones relativas a la necesidad de determinar, con carácter previo, la identificación tanto de la Administración y órgano actuante (que puede ser el mismo o distinto del órgano u órganos competentes para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de la calidad), como la del órgano considerado responsable a efectos de impugnación. Así mismo, puede resultar relevante, como se verá, la nece-

(15) A. CERILLO I MARTÍNEZ, A. (2011: 85).

(16) M. BARRIO ANDRÉS (2018: 72).

sidad de una aprobación previa del sistema. Se plantea también la cuestión relativa a qué pasa cuando no se cumplen estos requerimientos. Del mismo modo, analizamos las características de las áreas donde pueden ser realizadas actividades inspectoras automatizadas como distintos aspectos jurídico prácticos suscitados por su uso: motivación, valor probatorio, necesidad de realizar actividad inspectora ulterior, y archivo del resultado de la captura masiva de datos. También se pondrán de manifiesto los distintos medios de defensa del ciudadano frente a la captura masiva de datos— basados en la transparencia. Finalmente, a la vista de lo estudiado, se plantea la posibilidad de un procedimiento de inspección automatizado donde se ponen en cuestión la garantía de los derechos de los ciudadanos, administrados por extensión, cuando las decisiones que les afectan no son tomadas por un funcionario sino por una máquina (o programa) que determina un resultado a partir de la información que se le facilita y en función de las instrucciones que previamente recibe.

II. INSPECTOR BOT O CRAWLER. APROXIMACIÓN

El *web scraping* es una técnica que consiste en la extracción de grandes cantidades de datos de páginas webs de forma automatizada. El *scraping* de webs se basa en la indexación de contenidos o, más concretamente, en la transformación de la información contenida en páginas web en información duplicada inteligible, la cual se puede exportar a otros documentos como hojas de cálculo o bases de datos. Los encargados de realizar esta labor de rastreo —*scrapear*—, son los denominados *bots* o *crawlers*, robots o programas de ordenador que navegan de forma automática por páginas webs, recogiendo los datos o las informaciones presentes en ellas (17). Gracias a estos programas se puede automatizar la obtención de información, haciéndolo de un modo rápido y seguro propiciando así una recogida masiva de datos. Son herramientas que han sufrido una gran evolución en los últimos años. En su origen, se hablaba de *web crawling* cuando, en la actualidad resulta más correcto denominarlas como *web scraping*. Esta última acepción es fruto del desarrollo de la primera. Así, el *web scraping* nace de la mano de internet, con el objetivo de organizar toda la información disponible en la red. Los primeros motores de búsqueda desarrollaron lo que se conoce como *web crawlers*, robots que tenían como objetivo el rastreo de todas las páginas web existentes con el fin de permitir a los buscadores poder ofrecer a sus usuarios la información que necesitaban, dirigiéndoles a la web oportuna. Esta es la base sobre la que se asientan los actuales buscadores. Pero, hace unos años se dio un paso más: nace el *web scraping*. Al igual que el *web crawler*, rastrea para indexar y clasificar, pero

(17) R. EGGER, M. KRONER y A. STOCKL (2022: 140).

va mucho más allá, utiliza sus *spiders* (arañas en castellano) para extraer la información y almacenarla en el formato que sea necesario, para proceder posteriormente a su análisis.

No obstante, no se debe pensar que el mero hecho de extraer datos en sí mismo es lo más valioso del *web scraping*, su verdadero interés y utilidad surge de la unión de los datos extraídos, en muchos casos de varias fuentes, del posterior análisis y las conclusiones que se obtienen (18). Ejemplo paradigmático sería el uso proactivo de esta herramienta llevada a cabo por la Administración Turística con el fin de rastrear o buscar automatizadamente en las plataformas digitales para vincular los datos obtenidos de esta forma con sus propias bases de datos y confirmar, en un tiempo reducido, si un particular comercializa ilegalmente una VUT y, en consecuencia, puede ser objeto de control administrativo mediante la apertura del oportuno procedimiento sancionador.

El uso de estas herramientas tecnológicas en el ámbito de la inspección es aún muy incipiente siendo, como se ha explicado con anterioridad, las Administraciones Tributaria y Laboral las más avanzadas. Concretamente, en el ámbito de la Administración turística, en su servicio de inspección, su uso es aun embrionario. Únicamente, el Municipio de Barcelona —que lleva utilizándolo ya varios años— y la Comunidad Autónoma Valenciana —ha comenzado en el 2021—, se encuentran en la actualidad utilizando esta herramienta o programa informático de *web scraping* haciendo posible realizar un seguimiento de la oferta de alojamiento en las plataformas *on line*.

También, distintas ciudades europeas utilizan estas herramientas, es el caso de Ámsterdam. Su Ayuntamiento se está gastando 4 millones de euros al año en vigilar los alquileres vacacionales, extrayendo datos de la web para ver si los titulares de la actividad de VUT están cumpliendo las normas actuales de un máximo de 60 días por año (19). Cuestión curiosa fue que el anuncio, por parte de dicho ayuntamiento, de que estaba creando su propio programa de *scraping* para recopilar información de plataformas y localizar propietarios que alquilaban su casa más de sesenta días (lo máximo posible según su normativa), produjo una reducción de las viviendas disponibles mucho más sustancial que la provocada por el anuncio de la firma de un Memorandum entre el Ayuntamiento de Ámsterdam y Airbnb donde éste se comprometía a bloquear los anuncios cuando superaran dicho límite de sesenta días (20).

(18) F. DÍAZ, *Web Scraping: qué es, legalidad, usos y el porqué de su valor diferencial*, Disponible en: <https://blog.datary.io/web-scraping-que-es-legalidad-usos-y-el-porque-de-su-valor-diferencial/>, fecha de último acceso: 12 enero 2022.

(19) C. PORRAS (2016: 32).

(20) Según estudio realizado por DIRK KLOOSTERBOER utilizando datos de MURRAY COX y TOM SLEE. <https://dirkmjk.nl/en/2017/06/airbnb%E2%80%99s-agreement-amsterdam-some-insights-scraped-data>, fecha de último acceso: 15 marzo 2022.

III. EXIGENCIAS NORMATIVAS PARA LA LICITUD DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA

Al plantear esta cuestión es preceptivo acudir a las referencias que, sobre la actividad administrativa automatizada se realizan en la legislación vigente. Se debe tener en cuenta que, si bien la legislación Tributaria fue la primera en el establecimiento de una regulación expresa de la tramitación administrativa automatizada —a tenor de la derogada Ley 30/1992—, es la Ley 40/2015 la que generaliza estas actuaciones. Pero no únicamente la Administración Tributaria realiza habitualmente este tipo de actuaciones automatizadas, en el último año la Administración laboral y de la Seguridad Social se ha dotado de las herramientas legales que le permiten la realización de este tipo de inspecciones administrativas automatizadas. Su estudio parece muy pertinente para dilucidar el régimen jurídico de la actuación automatizada.

1. Requisitos previos para la automatización. Condicionantes derivados de la Ley 40/2015 LRJSP

La legislación impone una serie de exigencias adicionales a la actuación administrativa automatizada basadas, fundamentalmente, en la Ley 40/2015 LRJSP donde se establece un régimen jurídico básico, aunque ciertamente pobre y lleno de lagunas (Arts. 41 y 42). Así mismo, debemos referirnos al Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (21) donde se realiza un desarrollo del contenido de dicha ley.

Debemos, pues, tener en cuenta lo establecido por la Ley 40/2015 LRJSP, ya que en su art. 41 establece que, la actuación administrativa automatizada (como es la captura masiva de datos), implica cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público. Este artículo reconoce que la Administración, antes de automatizar la actividad, deberá concretar varios aspectos con el fin de dotar de mayor transparencia a su actuación concretamente el órgano u órganos competentes para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente.

Particularmente resulta llamativa, desde el punto de vista de la teoría del órgano y del régimen de distribución de competencias en el seno de una Administración, la redacción del art. 41.2 ya que no se refiere expresa y

(21) BOE 31 marzo 2021, núm. 77.

simplemente a la identificación del órgano que se considera autor de acto, sino que de manera más ambigua lo que exige es la indicación de cuál es «el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación» y, eso no es lo mismo (22).

En definitiva, la utilización de programas y aplicaciones que sirven para el ejercicio de potestades públicas se encuentra sometida a una condición jurídica previa, de tal manera que, si la Administración va a hacer uso de uno de estos programas de *web scraping*, debe dictar una resolución o acto administrativo previo de carácter obligatorio. Esta exigencia se configura como garantía de que la transición de un procedimiento intelectual humano a uno automatizado, se produce sin merma de los elementos centrales del acto administrativo, entre otras cosas, su realización por el órgano competente. Debemos insistir en el hecho de que no se aprueba concretamente la aplicación informática que va a ser objeto de uso, sino las generales cuestiones referidas *supra*. Esta situación supone, desde nuestro punto de vista, una debilidad. Ciertamente, los preceptos de la Ley 40/2015 guardan silencio sobre la necesidad de una aprobación previa del sistema a pesar de que la legislación anterior sí lo obligara (23) (exigiéndose esa aprobación previa) y así sigue estando expresamente previsto en alguna legislación sectorial como en la Tributaria (a ella nos referiremos más adelante). En cualquier caso, a pesar de este silencio legal, como señalan tanto COTINO HUESO como VALERO TORRIJOS (24), la exigencia de aprobación deriva del contenido del art. 41 de la Ley 40/2015 LRJSP ya que «no tendría sentido que fuera obligatoria la definición de las características del sistema y que el órgano que tiene esa competencia no pudiera pronunciarse sobre si finalmente el sistema se ajusta o no a esas especificaciones, y eso es lo que se consigue mediante la aprobación» (25).

En este orden de cosas, como llama la atención IZQUIERDO-CARRASCO, el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, en su art. 13.2, aunque con una redacción un tanto confusa y sólo aplicable al «ámbito estatal» (sic.), parece confirmar la necesidad de una aprobación

(22) Un estudio pormenorizado sobre esta cuestión en ámbito social realiza M. IZQUIERDO-CARRASCO. M. IZQUIERDO-CARRASCO (2022: 276 y 277).

(23) El art. 45.4 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establecía que «Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características».

(24) J. VALERO TORRIJOS (2007: 80 y 81).

(25) M. IZQUIERDO-CARRASCO (2022: 273).

previa del sistema automatizado. Esa aprobación deberá incluir los recursos que procedan contra la actuación automatizada y se publicará en la sede electrónica correspondiente (26).

Al respecto PALOMAR OLMEDA opina que cualquier ciudadano que pudiera verse afectado por esa automatización y no estuviera de acuerdo con algunos de los criterios de funcionamiento establecidos, tendría oportunidad de realizar alegaciones e, incluso, impugnar este acto para que no despliegue sus efectos y no se automatice la actividad de una determinada forma (27).

En definitiva, como sostiene PONCE SOLÉ y quedará patente más adelante, la regulación de la actividad administrativa automatizada en España es débil, dispersa y con lagunas referidas a temas tan relevantes como el acceso a la información, proceso de creación de los algoritmos y explicación de las decisiones adoptadas por éstos (28). Así mismo, el ejercicio de esta actividad administrativa automatizada influye sobremanera sobre los derechos de los ciudadanos que ven como, indiscriminadamente, la Administración Pública comienza a utilizar estas herramientas extrayendo datos que pueden provocar efectos negativos sobre sus intereses como es la apertura de procedimientos sancionadores.

2. Actividad administrativa automatizada en el ámbito tributario y laboral. Estudio comparativo

El ámbito tributario y Laboral constituyen las áreas más avanzadas en la aplicación de sistemas automatizados. Concretamente, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT) (29) constituye una de las primeras normas que se refieren expresamente a la posibilidad de tramitación administrativa automatizada. Como se ha visto, el art. 41 de la Ley 40/2015 LRJSP posterior, viene a generalizar las actuaciones que ya se venían realizando en la Agencia Estatal de Administración Tributaria o en la Dirección General del Catastro. Así mismo, en el ámbito tributario tiene importancia el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, de aprobación del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (30). Con respecto al ámbito laboral se aplica el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, modificado por el Real Decreto 688/2021, de

(26) *Ibidem*, p.268.

(27) A. PALOMAR OLMEDA (2007: 10).

(28) Para saber más sobre su régimen jurídico *Vid.* I. MARTÍN DELGADO (2009: 42); J. PONCE SOLÉ (2019: 67); A. HUERGO LORA y DÍAZ GONZÁLEZ, G. (2020: 364).

(29) *BOE* 18 diciembre 2003, núm. 302.

(30) *BOE* 5 septiembre 2007, núm. 213.

3 de agosto, que aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (31).

A) Determinación previa del órgano u órganos competentes para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoria del sistema de información y de su código fuente

La obligatoriedad de que se concreten cuáles serán los órganos administrativos competentes resulta fundamental para garantizar la seguridad jurídica y la identificación de posibles responsabilidades en la actuación administrativa automatizada. Ni que decir tiene que puede permitir, además, un control sobre la legalidad y objetividad de la actuación automatizada (32).

a) Identificación de la Administración y órgano competente

Resulta común en el ámbito tributario y en el Social referirse al hecho de que la Administración puede actuar de forma automatizada garantizando siempre, en los procedimientos y actuaciones donde se usen técnicas y medios electrónicos, la identificación de la Administración actuante y el ejercicio de su competencia (33). Esta identificación será realizada mediante sistemas de códigos o firmas electrónicas previamente aprobadas por el órgano competente y publicado en el boletín oficial que corresponda. Además, deberán ser identificados los órganos actuantes y sus titulares con el fin de garantizar la autenticidad del ejercicio de su competencia. En la identificación deberá utilizarse alguno de los siguientes sistemas de firma electrónica siendo cada Administración Tributaria la que determinará los supuestos de utilización de uno y otro sistema: 1. Sello electrónico basado en certificado electrónico que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica, y 2. Código seguro de verificación vinculado permitiéndose en todo caso la comprobación de la autenticidad e integridad del documento accediendo por medios electrónicos a los archivos del órgano u organismo emisor (34). En ámbito social, se utilizará el Sello Electrónico Quali-

(31) *BOE* 5 agosto 2001, núm. 186.

(32) MARTÍN DELGADO ha esbozado la posible relación de este requerimiento con las instituciones de la abstención y recusación. *Vid.* I. MARTÍN DELGADO (2009: 374-376).

(33) Así, art. 96.3 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

(34) Así lo establece los Arts. 83 y 84 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, de aprobación del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, *BOE* 5 septiembre 2007, núm. 213.

ficado de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (35), optándose por el Sello Electrónico Cualificado de Organismo Público cuestión que puede resultar polémica ya que, como ha apuntado MENÉNDEZ SEBASTIÁN, cuando la actuación administrativa automatizada consista en un acto administrativo propiamente dicho —lo que ocurre en este supuesto— no puede utilizarse el sello de la Administración pública o de organismo público ya que «no servirá un sistema de firma que no identifique en concreto al órgano al que se le imputa el mismo, lo que ocurre, por ejemplo, con el sello de órgano de la institución» (36). A nuestro modo de ver, ésta es una cuestión relevante donde habrá que tener en cuenta la Teoría del órgano, así, la firma electrónica debe identificar de manera correcta el órgano concreto que dicta el acto administrativo.

b) Identificación del órgano competente para la definición de especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad del sistema de información

En el ámbito tributario deben identificarse los órganos competentes para la definición de especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad del sistema de información. Las exigencias en el ámbito social son prácticamente las mismas con la única diferencia que añade un requerimiento de carácter opcional: la auditoría del sistema de información y de su código fuente. La norma no concreta en ningún momento cual puede ser el contenido de la misma, los aspectos sobre los que debería recaer y tampoco señala los supuestos en los que esa auditoría debería ser obligatoria por lo que queda a la libre decisión de la Administración. A nuestro modo de ver, constituye una debilidad ya que las auditorías pueden resultar relevantes para garantizar el adecuado funcionamiento de la actuación de la Administración.

c) Conclusiones

Tanto en el ámbito laboral como tributario se establece la obligación de identificación tanto del órgano actuante (y el ejercicio de su competencia) como la de los órganos competentes para la programación y supervisión del sistema de información cuando la Administración vaya a actuar de forma automatizada. A nuestro modo de ver, la definición de las especificaciones es algo fundamental, y podría defenderse que quedara atribuida al órgano

(35) Art. 44.2 Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, de aprobación del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, *BOE* 3 junio 1998, núm. 132. Tal sello fue creado por Resolución de 10 de julio de 2018 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, *BOE* 17 julio 2018, núm. 172.

(36) E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2017: 100).

que tuviera la competencia sustantiva que se quiere automatizar —ya que es algo meramente instrumental para el ejercicio de sus competencias— pero también se puede defender que sea atribuida a otro órgano: el que tenga atribuida las competencias sobre desarrollo informático en tal Administración. Así, serían diferentes órganos, a uno se le imputaría la actuación administrativa automatizada y, al otro, la definición de las especificaciones. En este sentido, IZQUIERDO-CARRASCO señala que lo razonable sería que en esta definición participe también el órgano a quien se le imputa esta decisión ya que *«a fin de cuentas, esas especificaciones y diseño informático lo que hacen es traducir al lenguaje de la máquina unas reglas lógico-matemáticas inferidas de criterios de racionalización e incluso interpretación de la normativa aplicable y de la actividad que desarrollaba ese órgano administrativo»* (sic) (37).

B) Determinación del órgano considerado responsable a efectos de impugnación

Como se avanzó, la Ley 40/2015 LRJSP no se refiere expresa y simplemente a la identificación del órgano que se considera autor de acto, sino que de manera más ambigua lo que exige es la indicación de cuál es *«el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación»*. Efectivamente, la determinación del órgano competente para resolver los recursos que puedan interponerse también es un requisito establecidos tanto por la normativa tributaria como social (38). El Real Decreto 928/1998 que aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para imposición de sanciones e infracciones de orden social puntualiza que el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberá identificarse y garantizar la autenticidad del ejercicio de su competencia mediante el uso del Sello Electrónico Cualificado de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (39).

C) Necesidad de una aprobación previa del sistema

Además, se impone la obligación en el ámbito tributario de que, los programas y aplicaciones electrónicos, que vayan a ser utilizados, tienen que ser

(37) M. IZQUIERDO-CARRASCO (2022: 270).

(38) Arts. 96.3 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y 85.1 Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, de aprobación del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, BOE 5 septiembre 2007, núm. 213.

(39) Art. 44.2 Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, de aprobación del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, BOE 3 junio 1998, núm. 132. Tal sello fue creado por Resolución de 10 de julio de 2018 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, BOE 17 julio 2018, núm. 172.

previamente aprobados por la Administración mediante resolución del órgano que debe ser considerado responsable a efectos de las impugnaciones de los correspondientes actos administrativos. Cuando se trate de órganos distintos de la Administración Tributaria no relacionados jerárquicamente, la aprobación corresponderá al órgano superior jerárquico común de la Administración Tributaria de que se trate, sin perjuicio de las facultades de delegación establecidas en el ordenamiento jurídico (40). La relación de aplicaciones y programas utilizados deberán ser publicadas en la web de la Administración Tributaria correspondiente con el fin de que cualquier interesado pueda conocerla (art. 85.2).

Por el contrario, la legislación Social guarda silencio respecto a la necesidad de que la Administración deba aprobar los programas y aplicaciones electrónicos que vayan a ser utilizados. No obstante, como ya se comentó *supra*, la doctrina más cualificada opina que la exigencia de aprobación deriva del contenido del art. 41 Ley 40/2015. En este sentido se manifiestan VALERO TORRIJOS, COTINO HUESO e IZQUIERDO-CARRASCO (41). Teniendo en cuenta el ámbito de aplicación de las leyes 39 y 40/2015 y la Disposición Adicional Decimotercera de ésta última, lo previsto en la Ley 40/2015 sobre actuaciones administrativas automatizadas debe respetarse en el orden social, aunque esa actuación se inserte en un procedimiento sancionador (42).

3. ¿Qué ocurre cuando no se cumplen estos requerimientos?

Consiguientemente, nos planteamos las consecuencias que, desde la perspectiva de la invalidez del acto administrativo, puede tener la ausencia de este requisito consistente en dictar una resolución o acto administrativo previo de carácter obligatorio donde concreten todos los aspectos requeridos por el

(40) Arts. 96.4 3 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y 85.1 Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, de aprobación del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, *BOE* 5 septiembre 2007, núm. 213.

(41) J. VALERO TORRIJOS (2007: 80-81); M. IZQUIERDO-CARRASCO (2022: 273).

(42) La Disposición Adicional Primera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que «*las actuaciones y procedimientos sancionadores...en el orden social*» se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en dicha Ley. Por su parte, las matizaciones contenidas en la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 40/2015 sobre su ámbito de aplicación se refieren a otros aspectos del régimen de la Seguridad Social que no son los que nos ocupan. Por tanto, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación de ambas leyes y tales matizaciones, concluimos que lo previsto en la Ley 40/2015 sobre actuaciones administrativas automatizadas debe respetarse en el orden social, aunque esa actuación se inserte en un procedimiento sancionador.

citado art. 41 de la Ley 40/2005 en el caso del uso de programas de *web scraping*. Se estaría incumpliendo una exigencia legal por lo que se podría ver comprometida la validez de los datos así obtenidos por lo que podrían estar viciados los resultados obtenidos y, por supuesto, el posible procedimiento sancionador posterior que usara como fundamento tales datos obtenidos de la actuación automatizada porque puede afectar realmente a la validez de la decisión de iniciar un procedimiento administrativo en cuyo seno se van a practicar pruebas. Profundizando sobre la validez del acto administrativo en cuestión dentro de las categorías jurídicas que la dogmática tradicional ha establecido respecto de la invalidez, a juicio de PALOMAR OLMEDA, la ausencia de este requisito cuando se trate de auténticos procedimientos decisionales, debe ser considerada como un supuesto de nulidad de pleno derecho ya que supondría el prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (43), salvo que, expresamente y en el marco del procedimiento administrativo concreto, se pueda demostrar que tal circunstancia —la de utilizar el programa informático de *web scraping*— no ha mermado ni perjudicado la decisión adoptada que se ha confeccionado conforme a Derecho.

IV. ACTIVIDAD INSPECTORA REALIZADA POR MEDIOS TRADICIONALES VERSUS ACTIVIDAD INSPECTORA AUTOMATIZADA. BREVE REFLEXIÓN

Cuando se realiza la actividad inspectora por medios tradicionales, en realidad no hay actos administrativos previstos ya que se inspecciona y punto. El desarrollo de la función inspectora tradicional conlleva la exteriorización de declaraciones que, a pesar de ser auténticos actos jurídico— administrativos (se concretan ordinariamente en actas en las que consta una declaración de conocimiento—. Recordemos que, para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el levantamiento de actas constituye un ejemplo típico de declaración de conocimiento (44)), no tiene consecuencias directas e inmediatas en la esfera jurídica de la persona sometida a control, esas consecuencias «*se producirán después, cuando la Administración incoe un procedimiento sancionador, se adopten medidas de restablecimiento de la legalidad vulnerada y estos procedimientos no deben confundirse con las actuaciones de inspección*» (45). De hecho, al concluirse las actividades de inspección, pueden ocurrir varias cosas: puede iniciarse después un procedimiento de restablecimiento de la legalidad

(43) Para saber más nos remitimos a A. PALOMAR OLMEDA, 2007 donde se justifica esta tesis, desde el punto de vista jurisprudencial, de forma muy detallada.

(44) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017: 537).

(45) D. BLANQUER CRIADO (2018: 35).

vulnerada, un procedimiento sancionador o, el archivo del asunto cuando se comprueba la obediencia al Derecho.

Por el contrario, cuando la Administración lleva a cabo la actividad de inspección a través de sistemas automatizados, sí se pueden producir de manera más o menos inmediata, consecuencias directas en la esfera jurídica de la persona sometida a control. No tenemos más que fijarnos en lo establecido en el Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto de modificación del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social.

Como se verá *infra*, este Real Decreto establece una regulación muy pormenorizada del procedimiento inspector automatizado con unas consecuencias más o menos inmediatas sobre la persona sometida a control, pero, esta característica del procedimiento del ámbito laboral no es, en ningún caso, extrapolable al ámbito de la actividad administrativa automatizada general por lo menos mientras que no se produzca una reforma de la LRJSP que tuviera como finalidad la regulación pormenorizada de un procedimiento de inspección— cosa que en la actualidad no existe.

Así, el Real Decreto 688/2021 establece expresamente (art. 44) que mediante la actuación administrativa automatizada «se podrán generar las actas de infracción que resulten pertinentes en virtud de los datos, antecedentes e informes que obren en dicho sistema», así como en las bases de datos de las entidades que le prestan su auxilio y colaboración (46). Tales actas de infracción constituyen directamente, a nuestro modo de ver, el acto de incoación del procedimiento administrativo sancionador ya que deben reflejar —con el fin de asegurar las garantías jurídicas de los administrados— los hechos comprobados como resultado de la actuación administrativa, con expresión de aquellos que sean relevantes a efectos de la tipificación de la infracción, los medios utilizados para la comprobación de los hechos que fundamentan el acta y la indicación expresa de que se trata de una actuación administrativa automatizada. Así mismo, se podrán generar también de forma automatizada las propuestas de resolución que procedan cuando no se hayan presentado alegaciones contra las actas.

(46) Como, entre otros: las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, los titulares de los órganos de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales; los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales; las cámaras y corporaciones, colegios y asociaciones profesionales; las demás entidades públicas, y quienes, en general, ejerzan funciones públicas; mutualidades de previsión social; autoridades competentes en materia de transporte terrestre; Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes. De conformidad con lo establecido en los artículos 16 y 24 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Una vez que las actas automatizadas se dicten, serán notificadas al presunto sujeto responsable en el plazo de diez días hábiles desde la fecha del acta, advirtiéndole que podrá formular escrito de alegaciones en el plazo de quince días hábiles contados desde el siguiente a su notificación, acompañado de la prueba que estimen pertinente, ante el órgano instructor del expediente.

Y otro aspecto importante a señalar aquí, al igual que sucede con el procedimiento ordinario, si el sujeto responsable procede al pago de la sanción propuesta en el acta en el plazo señalado para formular alegaciones, el importe de la sanción se reducirá en un 40 por ciento (47). En este caso, se dará por concluido el procedimiento. El pago llevará implícito el reconocimiento de responsabilidad y la renuncia al ejercicio de cualquier acción, alegación o recurso en vía administrativa. Y, en el caso de no efectuar alegaciones ni proceder al pago previsto, el acta de infracción será considerada como propuesta de resolución.

Únicamente en el caso de que se formulen alegaciones en las que se invoquen hechos o circunstancias distintas a los consignados en el acta, insuficiencia del relato fáctico de dicha acta, o indefensión por cualquier cosa, deberá asignarse el expediente a un actuante con funciones inspectoras, para que informe sobre las mismas. Esto resulta sumamente relevante ya que, en este caso, sí va a existir la intervención de un funcionario. Y, tras la emisión del correspondiente informe ampliatorio, se continuará la instrucción del procedimiento hasta su resolución conforme a lo establecido para el procedimiento sancionador ordinario.

V. CARACTERÍSTICAS DE LAS ÁREAS DONDE PUEDEN SER REALIZADAS ACTIVIDADES INSPECTORAS AUTOMATIZADAS. LÍMITES

1. Primer límite: el carácter de la actividad

La actuación administrativa automatizada solo podrá ser empleada en el marco de la actividad administrativa formalizada, dentro de un procedimiento administrativo, ya que la máquina —el programa de ordenador— sólo puede llevar a cabo actuaciones jurídico— formales, y nunca aquellas otras que sean netamente materiales o, en todo caso, mixtas. La actividad inspectora es una actividad más material que formal. Así, la Administración dicta actos formales, pero realiza también actividad material: la visita de inspección supone una actividad material —ya que implica un desplazamiento/visita— que se concreta más adelante en un acto formal como es el acta de inspección. Se trataría,

(47) A estos efectos y junto con el acta de infracción, se facilitará al presunto responsable la correspondiente carta de pago en la que se aplicará la citada reducción. Art.46.

por lo tanto, de considerarla como una actividad administrativa mixta y no puramente material. Este desplazamiento podría ser susceptible de ser asumido por la red, utilizando la Administración un «inspector robot» o programa de *web scraping* que, sin desplazarse —obviamente es una máquina o programa de ordenador—, puede llevar a cabo actividades inspectoras. Así, podrían ser objeto de inspección, por ejemplo, las ofertas de alojamientos turísticos que hay en la red —publicadas en determinadas plataformas—, que no cumplen con los requisitos establecidos en la legislación vigente para ejercer la actividad (por ejemplo, por no contar con el número de registro). Tras esta «visita de inspección» automatizada podría emitirse un informe/acta de inspección donde se reflejaría lo constatado. Más adelante se profundizará en un aspecto clave: el valor probatorio de estos informes.

La actividad inspectora por sí misma, no constituye, hasta el día de hoy, una actividad totalmente procedimentalizada, no existe una regulación de la secuencia estandarizada de los trámites que siempre deban despacharse. El procedimiento, en fin, se encuentra regulado deficientemente. Así las cosas, la Administración puede perfectamente, para maximizar su eficacia, hacer uso de estas herramientas en su función inspectora. De hecho, como sabemos, ya se está utilizando en el ámbito tributario y laboral. Concretamente el ámbito donde se lleva a cabo la inspección tributaria, es mucho más estandarizado y procedimentado por lo que las actas de inspección se realizan de modo automatizado, sin necesidad de una comprobación posterior por parte de un funcionario.

De hecho, el acotamiento de las infracciones que pueden ser susceptibles de actuación inspectora automatizada debe tener como base la fuente probatoria: la comisión del ilícito debe derivar de datos, antecedentes e informes que obren en la Administración correspondiente, así como en las bases de datos de las entidades que le prestan su auxilio y colaboración. Como añade IZQUIERDO-CARRASCO, debe tratarse también de ilícitos que no requieran un proceso de investigación previa e individualizada mediante visitas o comprobaciones en los locales por parte de los inspectores; o una valoración de otros elementos adicionales a los aportados por esas fuentes de información. En definitiva, aquellos incumplimientos que pueden dirimirse con relativa sencillez o automaticidad.

Pero, como se verá más adelante, este no es el caso de la inspección turística. La automatización total de la actividad de inspección sobre las VUT no es, aún, del todo posible. La razón es que, en este caso, la inspección se realiza en un único sentido. La Administración, utilizando programas *web scraping*, rastrea —inspecciona— a terceros, y concretamente, la información que haya publicada en determinadas páginas web de plataformas colaborativas, identificando así aquellos anuncios de particulares que no cumplen con la normativa. Identifica para ello, en la plataforma, la «supuesta» dirección

de la vivienda, pero, esa dirección puede no ser del todo exacta— de hecho, casi nunca lo es— debiendo la Administración practicar una segunda actividad material de comprobación *in situ* de la misma y, sólo posteriormente, puede iniciar un procedimiento sancionador. Así, el objetivo final de esta segunda actividad material de comprobación sería la obtención de una evidencia robusta que permita determinar que está teniendo lugar una posible práctica ilegal y, en este caso, se plantearía si es necesario o no obtener más evidencias para poder incoar un expediente sancionador. Precisamente, éste es uno de los principales obstáculos —el no realizar esta segunda comprobación— con el que se está encontrando el uso del programa *arañaweb* en el Ayuntamiento de Barcelona donde estos conflictos están empezando a llegar a los tribunales. Se genera, así, un exceso de falsos positivos, es decir, el programa señala la existencia de una irregularidad cuando no la hay en realidad. En estos casos, existe un riesgo de indefensión del inspeccionado o persona después sancionada por la ausencia de una posterior actividad inspectora que tenga como fin cerciorarse de la veracidad del relato contenido en el documento o datos aportados por el programa *web scraping*.

Por esta razón, con toda la información suministrada por el programa, si la Administración detecta alguna irregularidad, pasa a una segunda fase de comprobación. A través del «inspector robot», se aplican las nuevas tecnologías en el ámbito de actuación de la Administración con el fin, por un lado, de permitir el análisis masivo de datos para la detección del incumplimiento y, por otro, poder iniciar, si es el caso, un procedimiento sancionador. En todo caso, la mayoría de las actuaciones de inspección necesitan ser supervisadas por un funcionario, aunque de hecho, nos podemos encontrar a lo largo del proceso con situaciones en las que sí es posible automatizar el procedimiento (48) (como ya se ha visto en el ámbito tributario y laboral).

2. Segundo límite: naturaleza de la potestad ejercida

Es preciso señalar que, el tipo de potestades administrativas en que podrían utilizarse estas herramientas que implican una actividad automatizada de la Administración es objeto de debate entre la doctrina. Por un lado, resulta no discutida la posibilidad de que la Administración utilice estas herramientas de *web scraping* y la IA para la producción de decisiones administrativas automatizadas en relación con potestades regladas. Efectivamente, como destaca VALERO TORRIJOS, «es necesario atender a la naturaleza de la potestad ejercida, de tal modo que cuando el acto tenga carácter estrictamente declarativo o certificador cabe admitir sin problemas su completa automatización, algo que

(48) R. BONELL COLMENERO (2021: 65).

no siempre ocurre cuando aquél posea efectos constitutivos de una relación jurídica, supuesto en que habrá que tomar en consideración el carácter discrecional o reglado de la potestad» (49). En su opinión, sólo en este último caso cabe la automatización. La mayor parte de sus posibilidades de aplicación se concentrarán en la adopción de actos administrativos de trámite (50) o, en todo caso, tal y como defienden DELGADO GARCÍA y OLIVER CUELLO, en relación con procedimientos sencillos, en los que el sentido de la resolución viene determinado por la aplicación automática de unos parámetros ya delimitados y no hay margen alguno de desvío respecto de la resolución que hubiera adoptado el órgano administrativo por medios convencionales (51). Todo ello, como señala MARTÍN DELGADO, delimita el marco del empleo de estas herramientas en el proceso decisorio de potestades regladas (52).

No obstante, pensamos que no se puede descartar su utilización en el ámbito de las potestades discrecionales, en las que es necesaria una apreciación subjetiva o un juicio de valor. En tales supuestos, habrá que estar al desarrollo de la IA (53), no siendo así totalmente automatizada sino semiautomatizada ya que la ponderación final siempre debería ser humana (54).

Por todo lo anterior, el uso de estas herramientas en el ejercicio de la potestad inspectora es totalmente posible ya que se trata de una actividad de comprobación, ejercida al amparo de una potestad reglada. No obstante, debemos llamar la atención sobre el hecho de que deberá ser la concreta norma reguladora del procedimiento, la que determine su ámbito de actuación en atención a dos criterios: la ineltabilidad en la adopción de la decisión y el respeto de todas y cada una de las garantías derivadas de los principios de legalidad, seguridad jurídica y defensa de los administrados (55). En el ámbito del ejercicio de la potestad inspectora turística sobre las VUT, como se ha dicho con anterioridad, no existe una regulación de tal procedimiento sino la regulación de actos autónomos que la Administración, en ejercicio de la potestad inspectora, puede ir dictando. Así, nos surge la duda sobre si, en el ámbito de esa potestad administrativa, debería resultar obligatorio la motivación y justificación de las decisiones administrativas a la que se obliga en el art. 35 LPAC sobre la base de los datos e informaciones que pueden

(49) J. VALERO TORRIJOS (2007: 74).

(50) X. URÍOS APARISI e I. ALAMILLO DOMINGO, I. (2016: 6).

(51) A. DELGADO GARCÍA y R. OLIVER CUELLO (2006: 7).

(52) I. MARTÍN DELGADO, I. (2009: 369).

(53) En este sentido, E. BENÍTEZ PALMA y A. TERÉ PÉREZ (2021: 6).

(54) J. PONCE SOLÉ (2019: 8).

(55) La ineltabilidad en la adopción de la decisión se refiere al manejo por parte del sistema de información de los mismos criterios utilizados por las personas físicas integrantes del órgano que tiene encomendada la competencia decisoria. *Ibidem*, p.371.

facilitar las plataformas o sería necesario que la Administración realizara alguna actuación adicional.

VI. IMPLICACIONES JURÍDICO-PRÁCTICAS DEL USO DEL WEB SCRAPING EN AUSENCIA DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA PROCEDIMENTALIZADA

1. Actividad inspectora automatizada y su motivación

Como se ha dicho, la actividad inspectora por sí misma no constituye, hasta el momento, una actividad totalmente procedimentalizada de tal manera que los actos formales que se producen en la inspección son autónomos de un procedimiento administrativo. Así, nos surge la duda sobre si en el ámbito de esta potestad administrativa debería resultar obligatoria la motivación y justificación de las decisiones administrativas a lo que se obliga en el art. 35 LPAC y que ésta, la motivación, pueda estar constituida por los datos e informaciones que pueden facilitar los programas de *web scraping* o si sería necesario realizar alguna actividad adicional.

La motivación sirve para justificar la decisión. Permite, pues, exponer para un caso concreto, cómo se relaciona la potestad asignada con la finalidad para la cual se ha establecido la potestad reflejando el mecanismo racional utilizado para establecer esta conexión.

En el ámbito tributario, la motivación se convierte en un deber recogido en el art. 103.3 LGT: *«los actos de liquidación, los de comprobación de valor, los que impongan una obligación, los que denieguen un beneficio fiscal o la suspensión de la ejecución de actos de aplicación de los tributos, así como cuantos otros se dispongan en la normativa vigente, serán motivados con referencia sucinta a los hechos y fundamentos de derecho»*.

Pero, ¿cómo motivar las actuaciones administrativas que tengan su fundamento en la aplicación del *Big data*? Como se ha dicho con anterioridad, el *Big data* puede proporcionar indicios o servir de base para la actuación automatizada. En este caso, será la actividad posterior la que permita identificar las razones y la racionalidad de la decisión que se adopte. Lo cierto es que cuando la Administración dicta un acta automatizada de inspección —donde se constata la comisión de una infracción—, como se dijo anteriormente referente a la Inspección automatizada en el ámbito laboral, constituyen directamente, a nuestro modo de ver, un acto de incoación del procedimiento administrativo sancionador ya que deben reflejar, con el fin de asegurar las garantías jurídicas de los administrados, los hechos comprobados como resultado de la actuación administrativa, con expresión de aquellos que sean relevantes a efectos de la tipificación de la infracción y los medios utilizados para la comprobación de

los hechos que fundamentan el acta (56). Todas estas indicaciones constituirían la motivación. No obstante, para que la motivación sea suficiente debe estar basada en datos que obren en el propio sistema informático de la Administración pertinente o en bases de datos de las entidades que prestan su auxilio y colaboración a la Administración. Así, no será lo mismo, desde el punto de vista jurídico probatorio, una herramienta informática que se limite a procesar datos que ya obran en poder de la Administración Pública que otra que se dedique a escanear internet con el objeto de recolectar datos para la vigilancia y control de la normativa.

Como se ha visto, todos estos aspectos resultan más o menos claros en el ejercicio de la inspección tributaria que se encuentra procedimentalizada y muy avanzada en la actualidad en la aplicación de sistemas automatizados. Por el contrario, no ocurre así en los demás ámbitos de inspección, como en el sector de la inspección turística que es el caso que nos preocupa. En ella, el uso de sistemas automatizados de inspección (*web scraping*), a nuestro modo de ver, únicamente proporciona «indicios» que deben servir de base a la actividad inspectora de carácter material que tendrá lugar posteriormente. Esa segunda actividad inspectora es la que, a nuestro juicio, deberá identificar las concretas razones otorgando así racionalidad a la decisión que se adopte.

2. Valor probatorio del informe generado por *web scraping*. Supuestos distintos

El resultado de la investigación debe ser documentado en un acta o informe cuya principal cualidad jurídica es el reconocimiento personal de los hechos y datos mediante la percepción directa e inmediata de la realidad por el funcionario inspector con sus propios sentidos. Partiendo de este concepto clásico, está claro que cuando lo que se investigue sean actividades o servicios de la sociedad de la información, el inspector no es una persona física— sino un programa informático— y la actividad directa de apreciación de los hechos no se produce a través de sus propios sentidos («*de visu at auditu sui sensibus*») sino a través de una información o documento donde se ponen de manifiesto los resultados (posibles irregularidades) del procesamiento de datos automatizados realizados, bien por un funcionario adscrito a un órgano que utiliza el programa de *web scraping* instalado en su equipo informático, o bien por una empresa contratada por la Administración para la realización de esta actividad. Esta diferencia puede ser muy relevante a efectos jurídicos-probatorios. En este orden de cosas, nos preguntamos sobre si, serían de

(56) Art. 44 Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto de modificación del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social.

aplicación aquí, las presunciones de certeza que son predicables de toda acta o atestado de inspección clásica.

Como se ha apuntado con anterioridad, no será lo mismo, desde el punto de vista jurídico— probatorio, una herramienta informática que se limite a procesar datos que ya obran en poder de la Administración Pública —datos, antecedentes e informes—, o en las bases de datos de las entidades que le prestan su auxilio y colaboración, que otra que se dedique a escanear internet con el objeto de recolectar datos para la vigilancia y control de la normativa. Tampoco puede ser igual si es el propio funcionario público es el que utiliza directamente el programa de *web scraping* o si es una empresa externa contratada expresamente por la Administración para la realización de ésta actividad de búsqueda. Se pueden dar, pues, distintos supuestos con diferentes consecuencias para los efectos jurídico-probatorios de las actas o informes que se generan.

A) Web scraping realizado por funcionario público

En primer lugar, nos encontramos con la posibilidad de que sea un funcionario público el que utilice el programa *web scraping* sobre bases de datos que posee la propia Administración Pública. En este caso, la automatización plena es totalmente posible —aunque tendrían que cumplirse los requerimientos establecidos por el art. 41 de la Ley 40/2015 a los que se ha hecho referencia *supra*—. Este tipo de automatizaciones ya se está llevando a cabo en nuestra Administración como por ejemplo en el ámbito de la inspección laboral donde, como se señaló, los documentos generados por el programa de *web scraping* —las actas de infracción generadas, constituían directamente el acto de incoación del procedimiento administrativo sancionador, pudiéndose también generar de forma automatizada las propuestas de resolución cuando no se hubieran presentado alegaciones contra las actas. Por lo tanto, en este caso es posible la automatización plena. No es el caso, como se verá más adelante, de la inspección sobre VUT.

En segundo lugar, puede ser que el funcionario público que utiliza el programa de *web scraping* lo haga, no sobre datos que ya obran en poder de la Administración Pública (caso anterior), sino sobre información que se encuentra disponible en internet —recolectando datos. En definitiva, se trataría de información que se encuentra en sitios web totalmente ajenos a la propia Administración— como páginas web de plataformas colaborativas (ej. Airbnb) o Redes sociales (ej. Instagram)— que ésta los recopila con el fin de llevar a cabo la vigilancia y control de la normativa. En ese caso, los datos obtenidos pueden no ser todo lo precisos que sería recomendable, es más, pueden ser erróneos. Los datos sobre viviendas de uso turístico que se encuentran al

alcance de cualquier persona en la web, no son datos exactos sino generales o ambiguos, nos referimos, por ejemplo, a los datos concretos de la dirección del alojamiento o la persona titular de la actividad de VUT. Los datos concretos se comunican únicamente tras la realización de la reserva, es necesaria pues, una contratación previa de la VUT para acceder a esos datos. En la base de esta falta de concreción de la información de los datos obrantes en la web se encontraría el celo que las plataformas colaborativas poseen respecto a tales datos ya que, si fueran públicos desde el primer momento, el titular de la VUT y el inquilino podrían contactar directamente y así evitar el intermediario —plataforma—, poniéndose en juego, así, el propio modelo de negocio de las plataformas colaborativas.

Ante esta situación, resulta relevante y necesario el fomento de la colaboración entre la Administración Pública y las plataformas colaborativas. Es así ineludible que éstas habiliten un acceso distinto para las Administraciones, otorgándoles acceso a un nivel más concreto y detallado de información. Determinadas plataformas ya parecen estar dispuestas a ofrecer este tipo de colaboración voluntaria. Airbnb ha creado un *Centro de Recursos para Municipios* (City Portal) donde da acceso a las Administraciones ofreciéndoles información diversa que ayude a la gestión de los destinos. El Portal de la ciudad funciona de manera muy similar a un «*pase de puerta de atrás*» a la plataforma de Airbnb con el que la Administración inspectora puede utilizar para consultar listados y acceder directamente a anuncios y otros datos pertinentes. Este nuevo recurso, que se aplica en la actualidad como experiencia piloto, es claro ejemplo de estas sinergias tendentes a propiciar los datos abiertos, en definitiva, información procesable en tiempo real para la buena gestión de los destinos, cuestión fundamental para las ciudades inteligentes. En definitiva, esta tecnología conecta directamente la plataforma de Airbnb con la Administración pública correspondiente otorgándole a ésta datos sobre el mercado de alquiler a corto plazo de su municipio y los ingresos por impuestos turísticos remitidos en lugares donde se han establecido acuerdos fiscales. En definitiva, esta colaboración voluntaria sería del todo necesaria para que se pudiera llevar a cabo una actividad inspectora automatizada. Hasta que eso no pase, los informes/actas elaborados mediante esta técnica de *web scraping* sobre datos generales que obran en la web solo tendrían consideración de «indicios» que luego la Administración tendría que confirmar mediante una actividad material. Por tanto, a día de hoy no es posible.

B) Web scraping realizado por empresa ajena a la Administración Pública. El caso de la inspección sobre las VUT

En tercer lugar, nos referimos a la posibilidad de que la actividad de *web scraping* sea realizada por una empresa, ajena a la Administración, contratada

por ella_a través de la formalización de un contrato de servicios digitales (57). Este supuesto es el más habitual en la inspección turística sobre VUT. En este caso, resulta evidente que el valor probatorio del informe/acta generada por la empresa en cuestión no puede tener la misma presunción de fehaciencia que un acta generada directamente por un funcionario público. No tenemos más que comparar lo establecido sobre la veracidad o valor probatorio en otros ámbitos asimilables. Así, la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal (58), le atribuye a Correos el servicio de notificación de actos administrativos —se trata de una sociedad mercantil, aunque de titularidad estatal—, frente a las demás empresas interesadas en entrar en el mercado de estos servicios. Así, en artículo 22.4 se afirma que «gozará de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales». Se trata pues de una empresa pública que forma parte del holding público Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) (59). Esta Ley atribuye un privilegio acreditativo al personal de la mercantil Correos sobre las notificaciones administrativas realizadas, se otorga tal privilegio a testimonios de personas que no tienen la consideración de funcionario público. Es conocido que los repartidores de Correos son, en su inmensa mayoría, personal laboral sin que hayan tenido que demostrar mérito o requisito subjetivo alguno para otorgarles semejante privilegio acreditativo —la presunción de veracidad y fehaciencia—. Por todo lo anterior, haciendo una traslación al tema que nos ocupa, si es una empresa privada que contrata con la Administración la realización por sus propios medios de la actividad inspectora a través del uso de la tecnología de

(57) Para contratar este tipo de servicios de *web scraping* sobre las viviendas de uso turístico, las Administraciones han utilizado el *Contrato de Servicio de realización de detección, depuración y actualización de los datos de las viviendas de uso turístico comercializadas a través de Internet*. Con respecto al Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV) deben tener la denominación de *Investigación mercadotécnica y económica; sondeos y estadísticas*. La naturaleza jurídica del contrato es pues de contrato administrativo de servicios, de conformidad con lo establecido en los arts. 17, 22, 25.1.a) y 308 y siguientes de la LCSP. Dentro del extenso concepto abierto de materias objeto de contratos de servicios, se trataría no de un servicio de prestación material sino de prestación intelectual ya que en ellos estarían incluidos los servicios de investigación y estadística, como es el caso que nos ocupa.

(58) BOE 31 diciembre 2010, núm. 318.

(59) Esta Ley fue impugnada infructuosamente por las empresas de reparto de correspondencia por entender que el servicio de notificación administrativa era un servicio postal universal— Arts. 20 y 21—, por lo que el operador designado para su prestación, Correos, debería prestarlo a instancia de los demás operadores postales permitiéndoles también su práctica. El TS, en la Sentencia 1645/2018, de 10 de mayo, resuelve uno de los muchos conflictos planteados interpretando que el servicio postal de notificación administrativa no forma parte del servicio postal universal.

web scraping — caso de la inspección de las VUT—, analógicamente no se le puede otorgar el mismo valor a sus informes que a los informes/actas emitidos por funcionario público y más aun teniendo en cuenta que, la empresa contratista de este servicio, puede estar utilizando un programa de *web scraping* que no ha sido objeto de ninguna resolución de la Administración que tenga como fin concretar los aspectos relativos a tal actuación automatizada con el fin de dotar a esa actuación de mayor transparencia a tenor del art. 41 de la Ley 40/2015 LRJSP. Como se verá más adelante, el uso de sistemas automatizados de inspección (*web scraping*) en las condiciones anteriores, a nuestro modo de ver, únicamente proporcionaría «indicios» que deben servir de base a la actividad inspectora de carácter material que tendrá lugar posteriormente. Esa segunda actividad inspectora es la que, a nuestro juicio, deberá identificar las concretas razones otorgando así racionalidad a la decisión que se adopte.

También, en un ejercicio de averiguar el valor probatorio que tiene un acta o informe elaborado por una empresa contratada por la Administración, acudimos a valorar la doctrina sentada por el TS respecto a la naturaleza jurídica de los denominados controladores o vigilantes del aparcamiento en zonas de la ORA. Dicho tribunal es contundente al negar de forma clara y explícita la consideración de Agentes de la Autoridad a los mismos, y por ello, su simple denuncia *«equivale a la denuncia de un particular, y al no ser avalada con pruebas posteriores, no tienen fuerza suficiente para acreditar los hechos denunciados...será un elemento probatorio a tener en cuenta, siempre conjugándolo con el resto de circunstancias que pueden dar o negar verosimilitud a la misma y constituyendo un elemento de valoración discrecional por parte del órgano administrativo al que compete sancionar el hecho»* (60). Las anotaciones de los controladores de la ORA no son denuncias sino avisos, con categoría de denuncia voluntaria, a la cual hay que oponer lo expresado por el inculpado, a menos que exista refrendo por parte policial —agente de la autoridad y funcionario público—. En la práctica, tales avisos son trasladados a la policía municipal que será la que señalará las infracciones, aprobando de facto la labor de los controladores de la ORA, con posterioridad se tramita el expediente sancionador siendo el respaldo de las actuaciones de los controladores por parte de la policía crucial para el sistema. Todo lo anterior entendemos que es aplicable, asimismo, a los «avisos» realizados de manera automatizada por automóviles que escanean automatizadamente las matrículas de los coches estacionados en zonas ORA —sustituyendo al controlador de

(60) SSTs de 23 de noviembre 1993 (RJ/1993/8883) y 22 septiembre 1999 (RJ/1999/6728). En este mismo sentido, y en otros ámbitos jurisprudenciales, otras muchas sentencias, entre ellas: STSJ Madrid 222/1997 de 3 abril (RJCA/1997/808); STSJ Islas Baleares 518/1999 de 20 julio (RJCA/1999/2583); STSJ Murcia 1066/1999 de 17 diciembre (JUR/2000/49884).

carne y hueso—. Tales datos son enviados por GPRS al centro de control de la empresa donde son analizados y procesados cotejándolos con los datos obrantes en los parquímetros inteligentes en los que es necesario introducir la matrícula del coche para la obtención del ticket (61). Como decimos, estos avisos, también tendrían la naturaleza jurídica de denuncia de un particular, siendo necesaria una actividad ulterior por parte de la Administración dirigida a ser advenida por pruebas posteriores, no teniendo fuerza suficiente para acreditar los hechos denunciados ya que no son Agentes de la Autoridad ni, por consiguiente, funcionarios públicos los que llevan a cabo esa actividad de vigilancia o inspección.

Por todo lo anterior, frente al valor probatorio que la Administración otorga a las actas o informes de inspección realizadas por funcionario público (62), el documento confeccionado por la empresa encargada de realizar la inspección —utilizando el programa *web scraping*— no es un documento del que pueda predicarse la presunción de veracidad de los hechos en él descritos.

En definitiva, cuando la inspección utiliza técnicas de recogida masiva de información y de procesamiento de los datos como el *web scraping*, deben tenerse en cuenta las anteriores consideraciones respecto a los distintos supuestos que se pueden dar. Únicamente en el caso del uso del programa de *web scraping* por un funcionario público sobre datos obrantes en la propia Administración puede declararse la presunción de veracidad, pudiendo dar lugar a la apertura automatizada de un procedimiento sancionador automatizado. Si los datos públicos obrantes en las webs de las plataformas fueran exactos y concretos y fuera un funcionario público el que usara el programa de *web scraping*, también podría automatizarse todo el procedimiento (sería viable su presunción de veracidad). No obstante, en los demás supuestos no se debe mantener la rigidez de esa presunción de veracidad.

Con respecto al tema que nos ocupa, el supuesto habitual que se da con respecto a la actividad inspectora sobre las VUT es el expuesto en tercer lugar (supra): la Administración contrata el ejercicio de esta actividad con una empresa ajena a la Administración. Desde nuestro punto de vista, no habría obstáculos para entender que ese documento elaborado por la empresa con-

(61) En ciudades como Barcelona o Madrid los parquímetros inteligentes son capaces de identificar el tipo de vehículo aplicando tarifas distintas según sus características. Los vehículos menos contaminantes son bonificados. Así, los llamados híbridos, que utilizan un motor de combustión junto a un motor eléctrico, pueden bonificar hasta un 50 % de la tarifa. En cambio, los vehículos eléctricos pueden hacerlo de una forma completamente gratuita durante el tiempo máximo de aparcamiento.

(62) Art. 77.5 LPAC establece que «los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y...se recojan los hechos constatados por aquellos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario».

tratada por la Administración —que tiene como finalidad la comprobación, en determinadas plataformas, de la existencia de viviendas de uso turístico ilegales—, sea un documento asimilable a una denuncia de un particular (63). Dicha denuncia contiene datos inequívocos acerca de la actividad de uso turístico de la vivienda constatados por el programa *web scraping*. Si consideramos que tal documento tiene el valor de una denuncia, a pesar de que éstas no tengan eficacia vinculante para la Administración que, puede o no, realizar posteriormente actuaciones de inspección, ésta debería realizar una actividad inspectora material ulterior para proceder a su comprobación. En nuestro Derecho, por regla general, la Administración no está obligada a iniciar necesariamente actuaciones de inspección tras una denuncia, ahora bien, algunas normas imponen la obligatoria realización de actuaciones de inspección cuando la Administración reciba una denuncia sobre una situación irregular o antijurídica (64). Sería deseable por tanto que, en una futura y posible regulación de la actividad inspectora sobre plataformas digitales, se estableciera la obligación de la Administración de realizar actuaciones de averiguación o comprobación sobre el material fáctico documentado por los programas de *web scraping* sites en el informe que la empresa contratada presenta a la Administración. Como se verá más adelante, la falta de esta actividad de constatación ulterior por parte de la Administración está provocando verdaderos problemas causando el archivo de procedimientos sancionadores basados en tales documentos. Así, para que fuera plenamente válida la presunción de veracidad del informe de inspección fruto de *web scraping*, debería el funcionario inspector, como se ha constatado, desplegar una actividad probatoria posterior dirigida a la verificación del contenido detectado por el programa.

No obstante, encontramos la Ley de Turismo de Cataluña, reformada en el año 2015, donde se enuncia expresamente que *«cuando se investiguen actividades o servicios de la sociedad de la información —como es este caso, la inspección debe emitir un informe de inspección que tendrá el mismo valor probatorio que los hechos constatados, contenidos o recogidos en las actas de inspección»* (65). Como se ha comentado, por las razones expuestas, no podemos estar de acuerdo con tal postura.

(63) Muy pocas sentencias se han pronunciado sobre este particular. *Vid.* Sentencia Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.8 de Barcelona núm. 190/2017, de 1 de septiembre, JUR/2018/54723.

(64) Sería el caso del art. 127.2 Ley 4/2009, de 14 de mayo de protección ambiental integrada de la Región de Murcia o el art. 30 del Reglamento de inspección aeronáutica aprobada por el Real Decreto 98/ 2009, de 6 de febrero.

(65) Así lo establece el art. 82 bis «El personal inspector puede emitir informes de inspección cuando sea adecuado por la naturaleza de los hechos a inspeccionar; en particular, cuando se investiguen actividades o servicios de la sociedad de la información, o cuando pueda frustrarse la finalidad de la actuación inspectora. Los hechos recogidos en los informes

3. Necesidad de realización de actividad inspectora ulterior con posibilidad de incluir declaraciones o datos aportados por tercero

Debemos recordar que la actividad inquisitiva de inspección se caracteriza por ser una actividad de investigación y comprobación. El acta de un inspector no es, en principio, un medio de prueba, sino el resultado documentado de una actuación inquisitiva. El inspector no consigue pruebas, sino que sólo obtiene información dejando constancia de su testimonio. Sin embargo, en el contexto del procedimiento sancionador (o de restablecimiento de la legalidad vulnerada), que se incoa a raíz de las averiguaciones y comprobaciones que resultan de una inspección previa, es donde se deberán llevar a cabo las verdaderas actividades probatorias siendo dirigidas por el instructor del procedimiento sancionador con el fin último de convencer a terceros (a los tribunales) sobre la veracidad del relato sobre los hechos y los datos. Partiendo de esta distinción previa entre «lo inquisitivo» y «lo probatorio» se van a poner de manifiesto los recurrentes problemas que están surgiendo al respecto de la práctica de estas actividades inquisitivas y probatorias en el ámbito de las plataformas digitales.

La actividad inspectora no constituye una actividad procedimentada, no existe una regulación de la secuencia estandarizada de los trámites que siempre deben realizarse, es más una actividad material que formal que implica un desplazamiento del funcionario público realizando una visita de inspección. Así este desplazamiento sería susceptible de ser asumido por el inspector robot, que, sin desplazarse, inspecciona las ofertas de alojamiento que hay publicadas en plataformas en búsqueda de las que no cumplen con los requisitos establecidos en la legislación vigente. Tras dicha comprobación, cuando se investiguen actividades o servicios de la sociedad de la información —como es este caso—, la inspección debe emitir un informe de inspección.

No obstante lo anterior, la Administración inspectora debe realizar una segunda actividad material de comprobación *in situ* de la misma pudiendo posteriormente iniciar un procedimiento sancionador. El objetivo de esta segunda actividad material de comprobación sería la obtención de una evidencia robusta que permita determinar que está teniendo lugar una práctica ilegal. Precisamente, este resulta estar siendo uno de los principales obstáculos con los que se está encontrando el uso del programa *web scraping* en Barcelona.

A los tribunales ya están llegando conflictos suscitados del uso de la araña web y las sanciones que se han venido iniciando bajo tal software están siendo

tienen el mismo valor probatorio que los hechos constatados, contenidos o recogidos en las actas de inspección», Ley 13/2002 de Turismo de Cataluña. Este artículo fue introducido por el art. 93.6 de Ley núm. 3/2015, de 11 de marzo.

desestimadas en masa por los tribunales. De hecho, el denominador común de los archivos del procedimiento sancionador en vía de recurso administrativo tanto como de la anulación de la sanción en vía de recurso contencioso-administrativo, es que, en los informes de inspección, no se llevaba a cabo una identificación correcta de las personas titulares de la actividad de VUT ni de sus direcciones exactas. Ni que decir tiene que la correcta identificación de la persona física o jurídica titular del servicio o establecimiento inspeccionado constituye uno de los contenidos esenciales de toda acta o informe de inspección.

En el ámbito que es objeto de nuestro estudio se ha venido constatando que la Administración no se personaba para cerciorarse de que verdaderamente se estaba realizando la actividad de vivienda de uso turístico de manera ilegal —no tenían número registro—. Esta situación, dejaba claramente en indefensión a los denunciados ya que la Administración incoaba el procedimiento sancionador y casi no había instrucción: el instructor del procedimiento daba por hecho lo que le comunicaban los técnicos municipales basándose en el informe de *web scraping*, no iniciando diligencias materiales de inspección —no habiendo comprobación directa— o, en el mejor de los casos, encargando esa actividad material de comprobación a un equipo de personas contratadas *ex profeso* por una empresa pública (en el caso de Barcelona, a los denominados «visualizadores» contratados por la empresa pública *Barcelona Servicios Municipales*) que nunca comprobaban fehacientemente si efectivamente se realizaba la actividad de VUT en los pisos señalizados por el programa *web scraping* (66). De esta forma, es imposible la automatización y únicamente se pueden obtener indicios.

En este sentido, es rotundo el Tribunal Superior de Justicia Catalán afirmando que *«la mera comprobación en una página de internet de la existencia de anuncios de alquiler... a falta de otros indicios añadidos y sin una inspección o cualquier otro medio de prueba directa válido en derecho, no constituye*

(66) El procedimiento de actuación de tales «visualizadores» queda manifiestamente patente no solo en las Sentencias que están llegando a los Tribunales sino también en las siguientes palabras *«Si un piso es sospechoso nunca llaman al timbre. Su labor es más sutil... señala un piso en la plaza Tetuán. La imagen es delatadora. ¿Ves? Allí sólo cuelgan dos toallas y dos bañadores en el balcón». Hace una foto con el móvil. La más joven del equipo, abunda: otro de los indicios es cuando localizas una bolsa de basura junto a la puerta de la escalera. Es algo que muy poca gente que no sea turista hace...En la Barceloneta muchos vecinos se niegan a ayudar o a indicarnos qué piso es turístico y cual no» ... «Nunca llaman a la puerta del piso investigado, pero sabe que muchos anfitriones alertan a los turistas y les aconsejan no abrir... les dicen que hay muchos ladrones que se hacen pasar por empleados municipales», destaca. La ronda continúa y los dos detectives, móviles en mano, hacen fotos y redactan pequeños informes que envían al Ayuntamiento». En, GONGOSTRINA, A.L., «Los detectives cazapisos», *El País*, 14 agosto 2017. https://elpais.com/ccaa/2017/08/13/catalunya/1502641240_848791.html.*

prueba de cargo bastante de la concurrencia del hecho sancionado, sino que representa un mero indicio aislado y por sí solo indiferente, que no permite inducir de forma indubitada que real y efectivamente la vivienda haya sido finalmente alquilada para su uso turístico...Ello por más que en la página consultada por la Administración se ofrezcan opiniones de desconocidos como eventuales y anteriores ocupantes del inmueble, cuya eventual y en forma alguna constatada ni concomitante ocupación por su parte tampoco es objeto de procedimiento sancionador» (67). Ni que decir tiene que es constante la doctrina jurisprudencial en materia penal, trasladable al procedimiento sancionador con la oportuna adaptación, que se requiere para la eficacia de la prueba indiciaria que los mismos estén plenamente acreditados, que sean plurales, o excepcionalmente único, pero de una singular potencia acreditativa, que sean concomitantes al hecho que se trata de probar y que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí (68).

Por todo lo anterior, partiendo de la situación planteada en la actualidad relativa a que los datos *scrapeados* de las plataformas por parte de las empresas contratadas para ello, no son datos exactos sino ambiguos y generales que nunca permiten identificar con exactitud la vivienda ni el titular de tal actividad, es lógico entender que la sola constatación de que una vivienda se publicite en una plataforma colaborativa donde no consta el número registro de turismo, existiendo en la misma datos concretos sobre precios, fechas posibles de alquiler, fotografías del interior e, incluso, comentarios de distintos usuarios anteriores, no es suficiente para probar que se ejerza verdaderamente esta actividad turística existiendo la reiteración requerida por las normas o las condiciones de inmediata disponibilidad que es una característica general de las viviendas de uso turístico. La Administración no puede sancionar a «supuestas» viviendas de uso turístico únicamente con el indicio de la existencia de un anuncio en una plataforma, debe, pues, realizar una actividad material —inspectora— de comprobación. De hecho, distintos bufetes de abogados habían venido constantemente pronunciándose en este mismo sentido (69), ahora, la jurisprudencia les está empezando a dar la razón.

(67) STSJ Cataluña 614/2021, de 22 de junio, JUR/2021/286346.

(68) La STS 2914/2019, de 19 mayo 2021, RJ 2021 2735 establece que «no pueden confundirse los indicios con las sospechas, pues para enervar la presunción de inocencia se ha de contar con indicios probados y no con meras probabilidades de que el hecho haya ocurrido. Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe construir certezas sobre la base de simples probabilidades no pudiendo el juez o tribunal fundamentar el fallo de la sentencia en su simple y puro convencimiento subjetivo».

(69) Así, GRACIA I MALFEITO y PERTÍNEZ ROMAGOSA ASSOCIATS informan que «los expedientes se iniciaban porque en el anuncio de AIRBNB u otras plataformas aparecían vistas a una calle que parecía familiar, o un balcón o piscina similar al de Google Street View. Hay incontables errores de identificación en la inspección con la araña web. No se puede sancionar desde

Así, el resultado de la actuación inquisitiva es un hecho secundario que no constituye una prueba directa de la efectiva comisión de una infracción sancionable. Es posible que los datos que posee la Administración sobre la dirección y titular de la vivienda no sean correctos o también puede ser que, a pesar de encontrarse la vivienda anunciada en la plataforma correspondiente, verdaderamente no haya sido alquilada nunca o por menos tiempo que el requerido para sea constitutivo de una infracción reincidente. Como afirma BLANQUER CRIADO, lo más habitual y frecuente, como pasa en este caso, es que las circunstancias fácticas que rodean la «*quaestio facti*» sean el hecho a comprobar por la inspección, como instrumento o medio indirecto para acreditar el núcleo central (que es la prueba de una infracción sancionable) (70). Nos encontramos pues, ante la prueba indirecta del hecho principal y la comprobación directa del hecho secundario (las circunstancias sirven para acreditar la existencia del núcleo central).

Las actas o informes de inspección pueden incluir, está plenamente admitido por la doctrina, declaraciones o datos de un tercero sin que lo sepa o tenga conocimiento el inspeccionado. Este tercero o testigo no sería parte en el posterior procedimiento al que aporta su exposición oral. Así, los inspectores pueden personarse en el piso donde supuestamente se está realizando la actividad de VUT y tomar declaración a las personas que se encuentren allí alojadas, debiendo éstas responder oralmente a las preguntas que se les formulen que tiene que ser, en cualquier caso, pertinentes y útiles para esclarecer la controversia fáctica de que se trate.

Como se ha afirmado antes, la escasa jurisprudencia que existe sobre el tema en cuestión, entiende que la simple visualización en una página de internet de la existencia de anuncios de alquiler sobre determinada vivienda, a falta de otros indicios añadidos, no constituye prueba de cargo bastante. No obstante, si junto a esa visualización se incluyeran en el acta de inspección otros indicios como las manifestaciones recogidas a diferentes turistas en diferentes momentos que reconozcan que se alojan por periodos cortos en la vivienda en cuestión y que han formalizado contrato a través de una plataforma (71), en ese caso, quedaría acreditado tanto la comisión de la infracción como su reiteración. Llamamos la atención sobre el hecho de que no es suficiente que se recoja en el acta una única declaración, sino que deben ser varias —a turistas diferentes— y practicadas en distintos días (72).

un despacho» así se expresaba EROLA GRACIA DE GRACIA I MALFEITO, https://www.tourinews.es/resumen-de-prensa/notas-de-prensa-espana-turismo/fracasa-la-arana-web-contra-los-pisos-turisticos-en-barcelona_4445997_102.html.

(70) D. BLANQUER CRIADO (2018: 686).

(71) Así la Sentencia núm. 20/2017, de 26 de enero, del Juzgado de los Contencioso Administrativo n. 9 de Barcelona, JUR/2017/192193.

(72) STSJ Cataluña, Sala de la Contencioso, núm. 4331/2021.

VII. MEDIOS DE DEFENSA DEL CIUDADANO ANTE LA CAPTURA MASIVA DE DATOS. LA TRANSPARENCIA COMO ELEMENTO CLAVE

Como se ha visto, los datos recabados por un programa de obtención automatizado pueden servir de base o fundamento a una posterior resolución administrativa de carácter sancionador. A la vista de los datos, la Administración puede decidir la apertura de un procedimiento sancionador por lo que tales datos deben hacerse constar en el expediente administrativo como conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla (art. 70.1). No obstante, el mismo artículo, en su punto 4, señala que no formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo identificando ésta como «*la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticos*». Resulta claro, no obstante, que los datos masivos fruto del resultado de la automatización de la actividad inspectora no pueden ser considerados como datos auxiliares ya que verdaderamente pueden proporcionar el fundamento de una futura resolución sancionadora. En este sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 13 de junio 2018 señala que se deberá incluir en el expediente todo aquello que tenga relevancia en el expediente o en la conformación de la voluntad pública del órgano (73). Si no obraran estos datos en el expediente administrativo estaríamos ante una actividad administrativa que adolecería de la transparencia que debe caracterizar toda actividad de la Administración impidiendo al interesado poder ejercitar su defensa.

El logro de la transparencia en la actividad administrativa automatizada constituye, en estos momentos, un elemento clave. El interesado debe poder acceder a toda la información que obra en poder de la Administración, sobre todo, en el caso de que ésta haya dictado una resolución susceptible de provocarle efectos jurídicos desfavorables, de esta manera podría defenderse presentando un recurso en vía administrativa y posteriormente acudir a los tribunales.

En definitiva, la transparencia constituye un pilar fundamental en las actuaciones administrativas por lo que la Administración debe hacer todo lo que esté en su mano para lograr su consecución. Así, en primer lugar, como se ha visto anteriormente, es necesario cumplir con el requisito previo a la automatización de cualquier actividad que es la publicación de la resolución donde conste el órgano u órganos competentes para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su

(73) ATS 13 junio 2018 (ECLI:ES:TS: 2018: 6876).

caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente y el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación (art. 41.2 LRJSP). En segundo lugar, es necesario comunicar al interesado, finalizada la inspección, la posesión de estos datos con el fin de facilitar el acceso a los mismos (art. 46.3 LRJSP). Como destaca VALERO, «tanto la aprobación de las actuaciones automatizadas como las posteriores notificaciones individuales al ciudadano afectado por el tratamiento de datos sirven, además, para indicar a éste los medios idóneos para comunicarse con la Administración oportuna y, de este modo, poder también oponerse a alguno de los extremos de la actuación automatizada» (74). En tercer lugar, si la Administración decide abrir el procedimiento sancionador, debe incluir en el expediente toda la información obtenida de forma automatizada para que el interesado pueda defenderse con garantías —haciendo basar su recurso en información fidedigna sita en el expediente—. Si no se lleva a cabo por parte de la Administración se puede provocar indefensión del interesado provocando un vicio en el acto tal que comporte su validez.

VIII. ¿ES POSIBLE UN PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN AUTOMATIZADO EN EL ÁMBITO DE LAS VUT? CONCLUSIONES

Como se ha visto, la Administración debe ser capaz de adaptarse al entorno digital en que estamos inmersos con el fin de mejorar la eficiencia de algunas de sus funciones, entre ellas, la actividad de inspección. La tecnología del *Big data* existente en la actualidad permite que la Administración pueda llevar a cabo actividades de inspección automatizadas.

Debemos llamar la atención sobre el hecho de que cuando la Administración lleva a cabo actividades de inspección de forma automatizada, se pueden inferir de manera más o menos inmediata, consecuencias directas en la esfera jurídica de la persona sometida a control frente a la realización de la actividad inspectora por medios tradicionales donde no existen consecuencias directas e inmediatas en la esfera jurídica del mismo ya que tales se producirán en un momento posterior: cuando la Administración incoe el correspondiente procedimiento sancionador o se adopten medidas de restablecimiento de la legalidad vulnerada.

No obstante, no es menos cierto que la actividad inspectora no forma parte del procedimiento administrativo sancionador, sino que constituye una actividad cuyo objetivo es la obtención de información para el adecuado ejercicio de otras actividades, como son las de limitación o de policía —sanción—, en su caso. Se trata, por tanto, exclusivamente de una actividad administrativa de

(74) J. VALERO TORRIJOS (2007: 76).

comprobación, cuyas actas sirven de denuncia que en todo caso estimula el procedimiento sancionador, pero que —al ser previo al inicio del mismo— no se integra en el expediente e incluso el denunciado no tiene derecho a conocer su contenido (75). La doctrina administrativista ha venido calificando esta actividad inspectora como actividad material, interna o de trámite, a los efectos de su no recurribilidad. La actividad inspectora es principalmente una potestad vinculada a la actividad de control, siempre de trámite de decisiones definitivas que se adoptan, precisamente, tras la realización material de la inspección. Se trata de una manifestación de la potestad pública enmarcada en las que se denominan «*potestades de obtener información*» (76).

Está claro que el legislador puede procedimentalizar ciertas ramas de la inspección cuando y en la medida que lo considere oportuno. De hecho, el legislador estatal, en la Ley 40/2015 ha establecido un régimen jurídico básico, aunque ciertamente pobre y lleno de lagunas al respecto de la actividad administrativa automatizada, generalizando tales actuaciones. No olvidemos que, en el ámbito tributario ya existía una regulación sobre la tramitación administrativa automatizada —si bien, a tenor de lo establecido en la derogada Ley 30/1992—. Con todo, en la mayoría de los casos se trata de una procedimentalización parcial. El caso más notable, como se ha ido comentando a lo largo de este capítulo, es el de la inspección tributaria donde hay regulado un procedimiento de inspección que, aun así, no puede ser considerado como tal ya que la sujeción a procedimiento de la inspección tributaria solo se produce en parte y, en esa parte, es solo relativa porque, entre otras cuestiones, hay diligencias de inspección al margen de todo procedimiento previo (77).

Un avance muy significativo se ha producido en el último año con la regulación, por parte de la Administración Laboral —y de la Seguridad Social—, de un procedimiento automatizado más completo sobre la imposición de sanciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. Del análisis de este régimen jurídico se puede deducir fácilmente lo que hemos comentado con anterioridad: cuando la Administración lleva a cabo actividades de inspección de forma automatizada, se pueden inferir de manera más o menos inmediata, consecuencias directas en la esfera jurídica de la persona sometida a control frente a la realización de la actividad inspectora por medios tradicionales. Lo anterior se infiere directamente de lo establecido en Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto de modificación del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad

(75) F.J. BAUZÁ MARTORELL (2017: 28).

(76) STC 96/1996, de 30 de mayo, RTC 1996/96.

(77) Vid. M. REBOLLO PUIG (2013: 73-74).

Social donde se habla expresamente de que mediante la actuación administrativa automatizada «se podrán generar las actas de infracción que resulten pertinentes en virtud de los datos, antecedentes e informes que obren en dicho sistema», así como en las bases de datos de las entidades que le prestan su auxilio y colaboración. Tales actas de infracción constituyen directamente, a nuestro modo de ver, el acto de incoación del procedimiento administrativo sancionador ya que deben reflejar —con el fin de asegurar las garantías jurídicas de los administrados— los hechos comprobados como resultado de la actuación administrativa, con expresión de aquellos que sean relevantes a efectos de la tipificación de la infracción, los medios utilizados para la comprobación de los hechos que fundamentan el acta y la indicación expresa de que se trata de una actuación administrativa automatizada. Así mismo, se podrán generar también de forma automatizada las propuestas de resolución que procedan cuando no se hayan presentado alegaciones contra las actas.

¿Sería, lo anterior, trasladable —en todo o en parte— a la inspección administrativa automatizada en el ámbito del turismo? ¿podría darse alguna vez en este sector? Ante esta cuestión, si no conociéramos la idiosincrasia, naturaleza y tipo de información que ofrecen públicamente las plataformas colaborativas podríamos, quizá, contestarla afirmativamente. Como se ha visto a lo largo del Capítulo, son distintos supuestos los que pueden darse. Si es un inspector funcionario el que usa el programa de *web scraping* en su ordenador, sobre páginas web de plataformas colaborativas y teniendo en cuenta que la información pública que ofrecen las mismas no son concretas ni exactas —únicamente se accede a los datos concretos una vez contratada la VUT—, no es posible la automatización de la actividad de inspección. Para ello, se necesitaría el fomento de la colaboración entre la Administración Pública y las plataformas colaborativas. Es así ineludible que éstas habiliten un acceso distinto para las Administraciones, otorgándoles acceso a un nivel más concreto y detallado de información. Determinadas plataformas ya parecen estar dispuestas a ofrecer este tipo de colaboración voluntaria. Airbnb ha creado un *Centro de Recursos para Municipios* (City Portal) donde da acceso a las Administraciones ofreciéndoles información diversa que ayude a la gestión de los destinos. Hasta que eso no pase, los informes/actas elaborados mediante esta técnica de *web scraping* sobre datos generales que obran en la web solo tendrían consideración de «indicios» que luego la Administración tendría que confirmar mediante una actividad material. Nunca podrían tener la presunción de fehaciencia que es predicable de cualquier acta realizada por funcionario público.

Como se ha comentado con anterioridad, en el ámbito de las VUT lo más habitual es que sea una empresa ajena a la Administración la que realiza esta actividad de *web scraping*. Aquí se plantea un tema distinto: la problemática sobre el valor probatorio, de fehaciencia, del informe/acta realizado por la misma. Los efectos jurídico-probatorios deben ser distintos del caso anterior ya

que no se puede mantener con rigidez esa presunción de veracidad. Desde nuestro punto de vista, no habría obstáculos para entender que ese documento elaborado por la empresa contratada por la Administración —que tiene como finalidad la comprobación, en determinadas plataformas, de la existencia de viviendas de uso turístico ilegales—, sea un documento asimilable a una denuncia de un particular. Constituirán, pues, simples indicios que deberán llevar a la Administración a realizar una actividad material ulterior con el fin de proceder a su comprobación ya que, es constante la doctrina jurisprudencial en materia penal —trasladable al procedimiento sancionador con la oportuna adaptación— que es requerido para la eficacia de la prueba indiciaria que los mismos estén plenamente acreditados, que sean plurales, o excepcionalmente único, pero de una singular potencia acreditativa, que sean concomitantes al hecho que se trata de probar y que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí. En este sentido, el profesor VALERO TORRIJOS afirma que los macro datos en la Administración deben acompañarse de algún género de garantías, toda vez que los datos interceptados con este tratamiento masivo y automatizado tiene un origen totalmente ajeno a la intervención administrativa (78).

No podemos estar de acuerdo con la postura adoptada por la Ley de Turismo de Cataluña, reformada en el año 2015, donde se enuncia expresamente que *«cuando se investiguen actividades o servicios de la sociedad de la información... la inspección debe emitir un informe de inspección que tendrá el mismo valor probatorio que los hechos constatados, contenidos o recogidos en las actas de inspección»* (79).

Tampoco debemos olvidar que si la Administración quisiera hacer uso de procedimientos de inspección automatizados en el ámbito del turismo, al ser una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, el legislador autonómico debería incorporar a la norma correspondiente lo establecido en la Ley 40/2015 relativo a los requerimientos sobre necesidad, determinación previa de los órganos actuantes, los competentes para la definición de las especificaciones, programación, control, etc., el órgano responsable a efectos de impugnación y la necesidad de la aprobación previa del sistema.

(78) VALERO TORRIJOS, J. (2013): «El Big data en las Administraciones Públicas: el difícil equilibrio entre eficacia de la actividad administrativa y garantía de los derechos de los ciudadanos», en AAVV, *Big data. Retos y oportunidades. Actas del IX Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona, 25 y 26 junio, p. 133.

(79) Así lo establece el art. 82 bis «El personal inspector puede emitir informes de inspección cuando sea adecuado por la naturaleza de los hechos a inspeccionar; en particular, cuando se investiguen actividades o servicios de la sociedad de la información, o cuando pueda frustrarse la finalidad de la actuación inspectora. Los hechos recogidos en los informes tienen el mismo valor probatorio que los hechos constatados, contenidos o recogidos en las actas de inspección», Ley 13/2002 de Turismo de Cataluña. Este artículo fue introducido por el art. 93.6 de Ley núm. 3/2015, de 11 de marzo.

En definitiva, parece que, para la consecución de la automatización total de la actividad turística inspectora en nuestro país, aún queda mucho por hacer. A la vista de las iniciativas que se han dado hasta ahora, realizadas fundamentalmente en el ámbito local (Barcelona y Valencia), resulta patente el gran interés de las Administraciones en montarse en el carro de la innovación tecnológica aplicando el *Big data* y el *web scraping* en las actividades de control sobre las VUT. No obstante, la sustitución de la actividad tradicional de inspección por la actividad automatizada no es algo que pueda hacerse sin una reflexión previa y, sobre todo, sin una adaptación del régimen jurídico aplicable, a la vista están las últimas sentencias de los Tribunales que anulan, insistentemente, sanciones impuestas a particulares a través de este sistema. También resulta de capital importancia el fomento de la colaboración voluntaria de las plataformas colaborativas con las administraciones con el fin de conseguir buenas sinergias de cara a la nueva realidad que es la ciudad inteligente.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- BARRIO ANDRÉS, M. (2018): *Internet de las cosas*, Madrid, Reus.
- BAUZÁ MARTORELL, F.J. (2017): «Big data y open data en la administración turística: acceso y reutilización de información», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 108.
- BENÍTEZ PALMA, E. y TERÉ PÉREZ, A. (2021): «Entusiasmo robótico y externalización», Universidad de Valencia, Cátedra Pagoda. Disponible en: <https://www.uv.es/catedra-pagoda/es/novedades-1286053802801/Novetat.html?id=1286186533916>.
- BLANQUER CRIADO, D. (2018): *La inspección (de actividades autorizadas o comunicadas)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2006): *Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el Derecho administrativo «taking facts seriously»*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BONELL COLMENERO, R. (2021): «Inteligencia artificial, análisis de datos e impacto en el sistema fiscal», en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Inteligencia artificial y Administración tributaria: eficiencia administrativa y defensa de los derechos de los contribuyentes*, Aranzadi.
- CERILLO I MARTÍNEZ, A. (2011): «La participación en los órganos colegiados en la administración en red», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 90.
- DELGADO GARCÍA, A. y OLIVER CUELLO, R. (2006): «Regulación de la informática decisional en la Administración electrónica», Congreso Tecnom@p Sevilla. Disponible: file:///C:/Users/UM/Downloads/regulacion_de_la_informatica.pdf.

- DÍAZ, F., *Web Scraping: qué es, legalidad, usos y el porqué de su valor diferencial*, Disponible en: <https://blog.datary.io/web-scraping-que-es-legalidad-usos-y-el-porque-de-su-valor-diferencial/>.
- EGGER, R., KRÖNER, M. Y STOCKL, A. (2022): «Web mining and data crawling», en Egger, R. (editor), *Applied Data Science in Tourism: Interdisciplinary Approaches, Methodologies and Applications*, Springer.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R. (2017): *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas.
- GONGOSTRINA, A.L. (2017): «Los detectives cazapisos», El País, 14 agosto. https://elpais.com/ccaa/2017/08/13/catalunya/1502641240_848791.html.
- HURGO LORA A. y DÍAZ GONZÁLEZ, G. (2020): *La regulación de los algoritmos*, 1º ed., Pamplona, Aranzadi.
- IZQUIERDO-CARRASCO, M. (2022): «Actuaciones automatizadas en la sanción de irregularidades en el orden social», en COTINO HUESO, L. y TODOLÍ SIGNES, A., *Explotación y regulación del uso del big data e inteligencia artificial para los servicios públicos y la ciudad inteligente*, Tirant lo Blanch.
- MARTÍN DELGADO, I. (2009): «Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada», en *Revista de Administración Pública*, n. 180.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. (2017): *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico: luces y sombras de las nuevas leyes 39 y 40/2015*, Tirant lo Blanch.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2007): «El acto administrativo dictado sobre bases tecnológicas o informáticas y las pautas de su revisión jurisdiccional», en *Revista de Derecho vLex*, núm. 55, noviembre.
- PONCE SOLÉ, J. (2019): «Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad. Algoritmos y procedimiento administrativo tecnológico», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50.
- PORRAS, C. (2016): «Las Administraciones ponen coto a la economía clandestina», *Revista Hosteltur*, núm.34, abril.
- REBOLLO PUIG, M. (2013): «La Actividad Inspectora», en DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., *La Función Inspectora*, INAP.
- TERRÓN SANTOS, D. (2022): *Administración inteligente y automática. Una visión más allá del algoritmo*, Colex.
- URIÓS APARISI, X. y ALAMILLO DOMINGO, I., *Los límites a la utilización del sello del órgano por parte de las Administraciones Públicas en la Ley 11/2007*. <https://docplayer.es/24585723-Los-limites-a-la-utilizacion-del-sello-de-organo-por-parte-de-las-administraciones-publicas-en-la-ley-11-2007.html>.

- VALERO TORRIJOS, J. (2007): El Régimen jurídico de la e-Administración. *El uso de los medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, Comares.
- VALERO TORRIJOS, J. (2013): «El Big data en las Administraciones Públicas: el difícil equilibrio entre eficacia de la actividad administrativa y garantía de los derechos de los ciudadanos», en AAVV, *Big data. Retos y oportunidades. Actas del IX Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona, 25 y 26 junio.
- VEGA VICENTE, P. (2022): «La utilización del *big data* y la inteligencia artificial para la detección de ilícitos de competencia», en COTINO HUESO, L. y TODOLÍ SIGNES, A. (Coords.), *Explotación y regulación del uso del big data e inteligencia artificial para los servicios públicos y la ciudad inteligente*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- VELASCO RICO, C. (2022): «La actividad informal de la Administración. Premisas para una tentativa de reconstrucción de una categoría (casi) olvidada», en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 5.