

XXIV PREMIO TRIBUNA FITUR

Jorge Vila Fradera



Tribuna FITUR
Jorge Vila Fradera

Con la colaboración de:



AECIT
Asociación española
de expertos científicos
en turismo

A man with a beard, wearing a plaid shirt and jeans, is sitting on a large globe. He is holding a camera up to his eye, looking through the viewfinder. The globe is rendered in a red and white color scheme, with the continents visible in white against the red background. In the bottom left corner, there is a smaller, semi-transparent image of a man and a woman smiling and talking to each other.

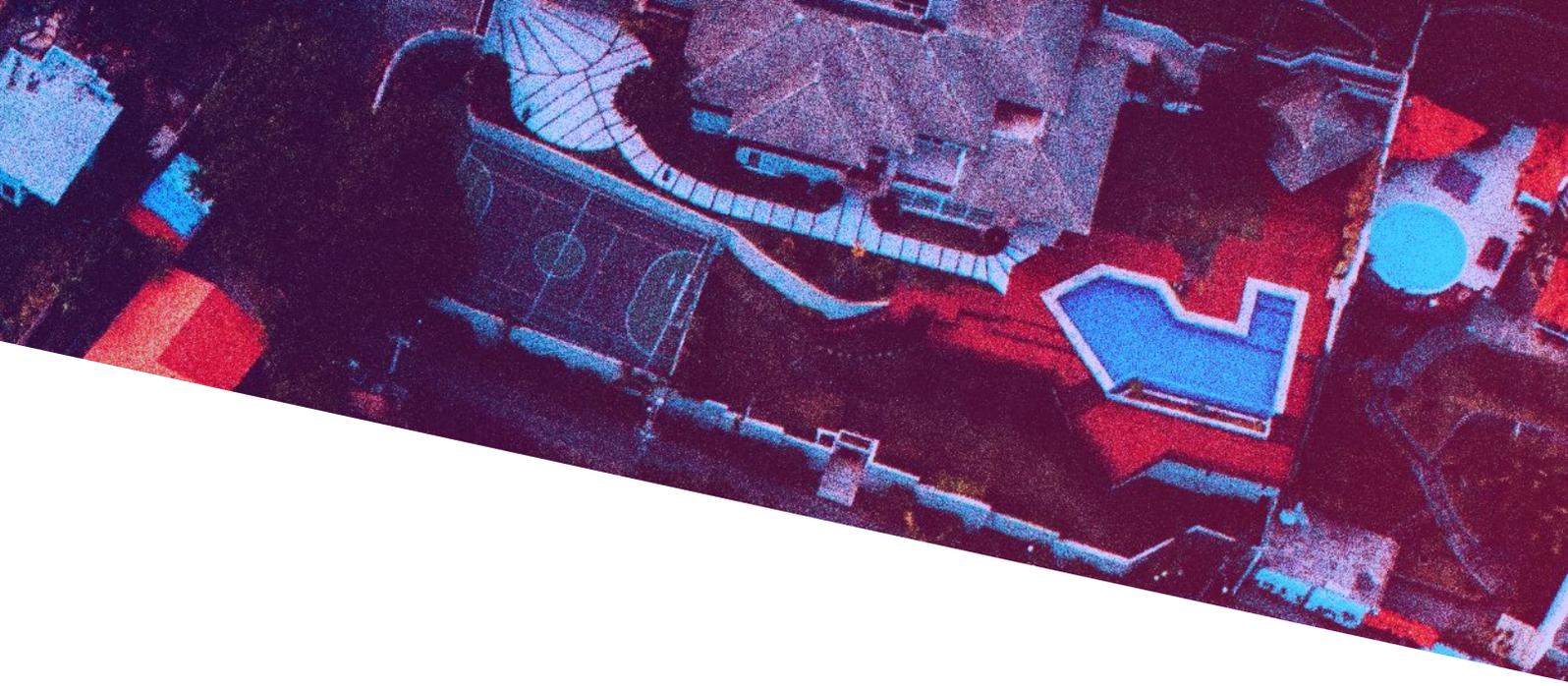
**El control y la
actividad inspectora
de la administración
pública sobre las
viviendas de
uso turístico.**

Pilar Juana García Saura





Este trabajo es fruto del proyecto de investigación
"Retos turísticos de la transición digital en turismo:
Análisis de la inteligencia turística y propuestas norma-
tivas" (ref. TED2021-129763B-100), financiado por MCIN/
AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea "Next-
Generation UE"/PRTR.



O.

Presentación

En el marco de Fitur 2023 se convocó la vigésimo cuarta edición de la Tribuna FITUR- Jorge Vila Fradera, en colaboración con la Asociación Española de Expertos Científicos en Turismo (AECIT).

El Comité Técnico- Científico selecciona el mejor trabajo de investigación en materia de turismo y se edita el que resulte reconocido para su difusión en el mundo académico. Esta iniciativa representa un gran estímulo a las labores de investigación en este campo, contribuyendo así a la profesionalización y competitividad de la industria turística. Los trabajos presentados fueron inéditos y el ámbito geográfico de investigación España e Iberoamérica. El Comité Técnico-Científico fue seleccionado entre los miembros de AECIT, que estableció unos baremos objetivos de valoración de los trabajos presentados teniendo en cuenta criterios como la metodología, el grado de innovación, la estructura del trabajo o la bibliografía utilizada. En este contexto, el Comité Técnico- Científico de la vigésimo cuarta convocatoria de la Tribuna FITUR - Jorge Vila Fradera reunido el jueves 19 de enero en el marco de Fitur 2023, seleccionó como mejor trabajo inédito de investigación en el sector turístico en España e Iberoamérica la obra de la presente edición.

Índice

INTRODUCCIÓN	6
PRIMERA PARTE. DISCIPLINA TURÍSTICA. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO	10
CAPÍTULO 1. MEDIDAS DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL EJERCICIO DEL CONTROL ADMINISTRATIVO SOBRE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO	11
I. Fundamento de las capacidades de intervención administrativa sobre las viviendas de uso turístico por parte de la Administración	12
II. Restricción sobre la actividad	15
1. El control administrativo originario	15
A) Declaración responsable y comunicación previa	15
B) Registro de Empresas Turísticas y obligatoriedad de publicidad del número de Registro	17
2. Control administrativo “a posteriori”: planes e instrumentos de inspección	20
A) Planes de inspección y dotación de recursos necesarios	20
B) Visitas de inspección y su problemática jurídica. Actas y libro de inspección	22
III. Restricción territorial. Intervención municipal por razones urbanísticas. Ordenación urbanística: la última palabra	24
1. Derecho a la vivienda y derecho a la ciudad	25
2. De las moratorias al establecimiento de reglas de incompatibilidad de usos (zonificación)	26
A) Zonificación. Limitaciones. ¿Son contrarias a la Directiva de Servicios?	28
B) Reglas de incompatibilidad horizontal y vertical. Revisión jurisprudencial	29
CAPÍTULO 2. EJERCICIO PRÁCTICO DE LA ACTIVIDAD DE CONTROL EN EL NUEVO ENTORNO DIGITAL CARACTERIZADO POR LA EXISTENCIA DE PLATAFORMAS COLABORATIVAS EN EL ALOJAMIENTO. Problemas en el cumplimiento de la normativa	33
I. Smart City, Destinos Turísticos Inteligentes y Big data: el nuevo entorno/ecosistema en donde tiene lugar el ejercicio de la potestad inspectora	34
II. Colaboración interadministrativa y público-privada. Interoperabilidad	36
III. El cometido de los distintos sujetos que intervienen en la actividad de control. Responsabilidades	38
1. ¿Cuál debe ser la función de las plataformas digitales colaborativas?	38
A) Iniciativas de las plataformas de alojamiento colaborativo para promover el cumplimiento de la normativa. Facilitar el cumplimiento voluntario	39
a) Un poco de historia. Evolución de la colaboración voluntaria	39
b) Del Manual para ser un anfitrión responsable al City Portal	39

B) La comunicación con trascendencia. Segundo nivel de colaboración (–previa solicitud por la Administración Pública–). Consideraciones sobre la posibilidad de que la Administración Pública pueda exigir/requerir a la plataforma la facilitación de los datos	40
a) Situación de partida: reticencias por parte de las plataformas	40
b) La Administración puede exigir/requerir a la plataforma datos de un tercero? ¿Qué datos puede solicitarle? ¿Datos que ya tiene la plataforma o bien datos que la plataforma no tiene y ha de hacer un esfuerzo por encontrarlos?	41
2. El papel de la Administración	43
A) Vías de información de la Administración	44
a) Colaboración ciudadana mediante denuncia y vigilancia activa (cribado de sus propias bases de datos para luego comprobación in situ)	44
b) Utilización de técnicas de scraping. Problemática jurídica práctica	44
B) ¿Qué responsabilidad puede exigirse a las plataformas? Cuando la Administración Pública tiene información y ha detectado un incumplimiento (la plataforma está incluyendo oferta ilegal).	45
SEGUNDA PARTE. LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA: DEL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD TRADICIONAL AL CAMBIO DE PARADIGMA. RETOS DEL ENTORNO DIGITAL	50
CAPÍTULO 3. LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA: DEL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD TRADICIONAL AL CAMBIO DE PARADIGMA. RETOS DEL ENTORNO DIGITAL	51
I. La actividad de control: de lo tradicional al cambio de paradigma	52
II. La relevante potestad de la inspección: recabar información	54
III. Procedimiento de inspección	55
1. Procedimiento de inspección versus procedimiento sancionador. Deslinde	55
2. ¿Existe un verdadero procedimiento inspector? Y, en su caso, ¿sería necesaria la existencia de un procedimiento inspector formalizado?	56
A) El procedimiento inspector –secuenciación ordenada de trámites formales–. No existe regulación formal de este procedimiento	56
B) Rasgos de las actuaciones de inspección	57
a) La mayoría son actividades materiales	57
b) Los actos formales que se producen en la inspección son autónomos de un procedimiento administrativo resolutorio	57
c) Al tratarse de actuaciones que no se dan dentro de un procedimiento estricto sensu, no le son aplicados determinados principios del procedimiento administrativo	58
d) Fases del procedimiento administrativo formal que no tienen sentido en el contexto del ejercicio de la función investigadora	60

C) Conclusiones. ¿Es necesaria la existencia de un procedimiento inspector formalizado? ¿Y, en su caso, ¿qué características debería tener? ¿O es mejor hablar de actividades de inspección en vez de procedimiento inspector?	60
CAPÍTULO 4. ACTIVIDAD INSPECTORA AUTOMATIZADA EN EL ENTORNO DIGITAL. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO	63
I. Big data y actividad administrativa automatizada. Cambio de paradigma en la actividad inspectora	64
II. ¿De qué estamos hablando? El inspector bot o crawler	67
III. Exigencias normativas para la licitud de la actuación administrativa automatizada	68
1. Requisitos previos para la automatización. Condicionantes derivados de la Ley 40/2015 LRJSP	68
2. Actividad administrativa automatizada en el ámbito tributario y laboral. Estudio comparado	69
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, auditoría del sistema de información y de su código fuente	69
a) Identificación de la Administración y órgano competente	70
b) Identificación del órgano competente para la definición de especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad del sistema de información	70
c) Conclusiones	70
B) Determinación del órgano considerado responsable a efectos de impugnación	71
C) Necesidad de una aprobación previa del sistema	71
3. ¿Qué ocurre cuando no se cumplen estos requerimientos?	71
IV. Actividad inspectora realizada por medios tradicionales versus actividad inspectora automatizada. Breve reflexión	73
V. Características de las áreas donde pueden ser realizadas actividades inspectoras automatizadas. Límites	75
A) Primer límite: el carácter de la actividad	75
B) Segundo límite: naturaleza de la potestad ejercida	76
VI. Implicaciones jurídico-prácticas del uso del web scraping en ausencia de actividad administrativa procedimentalizada	77
A) Actividad inspectora automatizada y su motivación	77
B) Valor probatorio del informe generado por web scraping. Supuestos distintos	77
a) Web scraping realizado por funcionario público	78
b) Web scraping realizado por empresa ajena a la Administración Pública. El caso de la inspección sobre las VUT	79

C) Necesidad de realización de actividad inspectora ulterior con posibilidad de incluir declaraciones o datos aportados por tercero	81
VII. Medios de defensa del ciudadano ante la captura masiva de datos. La transparencia como elemento clave	84
VIII. ¿Es posible un procedimiento de inspección automatizado en el ámbito de las VUT?	85
BIBLIOGRAFÍA	88

ABREVIATURAS

CE	<i>Constitución Española, BOE 29 diciembre 1978, núm. 311</i>
CNMC	<i>Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia</i>
EACAT	<i>Extranet Administraciones Públicas Catalanas</i>
FEVITUR	<i>Federación Española de Asociaciones de Viviendas y Apartamentos Turísticos</i>
IA	<i>Inteligencia Artificial</i>
LAESP	<i>Ley 11/2007, de 22 de junio, acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, BOE 23 junio 2007, núm. 150.</i>
LBRL	<i>Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, BOE de 3 abril de 1985, núm. 80</i>
LCSP	<i>Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, BOE 9 noviembre 2017, núm. 272</i>
LGT	<i>Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, BOE 18 diciembre 2003, núm. 302</i>
LOPD	<i>Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, BOE 6 diciembre 2018, núm. 294</i>
LPAC	<i>Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento administrativo Común</i>
LRJSP	<i>Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE 2 octubre 2015, núm. 236</i>
PEUAT	<i>Plan Especial Urbanístico de Alojamientos Turísticos de Barcelona</i>
PSSI	<i>Prestador de Servicios de la Sociedad de la Información</i>
SAN	<i>Sentencia Audiencia Nacional</i>
STS	<i>Sentencia Tribunal Supremo</i>
STSJ	<i>Sentencia Tribunal Superior de Justicia</i>
VUT	<i>Viviendas de Uso Turístico</i>



INTRODUCCIÓN

Las viviendas de uso turístico constituyen hoy día uno de los fenómenos socioeconómicos más importantes. Se trata de una realidad que ya existía, pero desde hace pocos años ha experimentado un gran crecimiento gracias a la aparición de las plataformas *on line* de intermediación en el marco de la denominada economía colaborativa. Esta nueva situación, ha provocado el surgimiento de algunos problemas de muy distinto tipo (de regulación, seguridad jurídica, competencia, sostenibilidad, urbanísticos, etc.).

Normalmente, se define como vivienda de uso turístico aquel inmueble que es cedido temporalmente a cambio de un precio, con un fin turístico y, de forma habitual o comercializada, a través de canales de oferta turística¹. Se trata, por tanto, de aquellos pisos, apartamentos o casas que, amueblados y equipados en condiciones de uso inmediato, se comercializan y promocionan en canales de oferta turística para ser alquilados en su totalidad con fines de hospedaje turístico a cambio de un precio. Pues bien, un requisito esencial que define legalmente a las viviendas de uso turístico es el requisito de que estas se comercialicen o promocionen a través de canales de oferta turística que, si bien el legislador expresamente no concreta, puede entenderse que se refiere a las plataformas virtuales *on line* de intermediación o marketplaces en el marco de la economía colaborativa (aunque, como se verá, el concepto colaborativo se diluye desde el momento en que aparece la finalidad lucrativa y la habitualidad o profesionalización de los oferentes de las viviendas de uso turístico). En principio, estas plataformas actúan como meros intermediarios poniendo a disposición de los

propietarios o explotadores de la vivienda de uso turístico, un espacio virtual o mercado en línea –marketplace– a través del cual puedan celebrar las partes los contratos de cesión de uso de este tipo de viviendas. Como se verá, un aspecto fundamental es el relativo a la responsabilidad de las plataformas respecto al contenido que albergan ya que dependerá de la calificación que se otorgue al papel que desempeñan: bien el de simples intermediarios –serían, por tanto, prestadores de servicios de la Sociedad de la Información– rigiéndose su actividad por el principio de libre prestación de servicios y quedando muy restringida su responsabilidad respecto a los contenidos que albergan, o bien, como prestadores directos de servicios turísticos o que participan de manera decisiva en la relación jurídica subyacente, en este caso, ostentarían una mayor responsabilidad. Como se verá, esta cuestión está resultando polémica y será la jurisprudencia la que venga a determinarla.

Resulta evidente que el liderazgo de la transformación del modelo turístico está correspondiendo al sector privado, sobre todo a las plataformas de internet que han implantado el modelo y están obligando a las Administraciones Turísticas a reaccionar y a regular un fenómeno ya implantado en la sociedad. En este sentido, el Derecho del Turismo ha tenido que ir respondiendo a los retos producidos por el incremento del turismo colaborativo con pleno sometimiento a las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios, así como a los principios de regulación económica recogidos en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior².

1 En cuanto a la terminología utilizada en este trabajo, hemos preferido denominarla como “vivienda de uso turístico”. No obstante, la legislación utiliza indistintamente otras denominaciones tales como “viviendas con finalidad turística”, “vivienda vacacional”, “vivienda de uso turístico vacacional”, “estancia turística en vivienda”, etc.

2 Vid. arts. 49 y 56 TFUE y Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006.

Como es sabido, las Comunidades Autónomas son las Administraciones públicas competentes en materia de turismo –art. 148.1.18³CE–). Por lo tanto, las CC. AA. están regulando las VUT estableciendo el acceso a dicha actividad, los requisitos que deben cumplir los explotadores de las viviendas, etc. Por lo tanto, la actualidad se caracteriza por el hecho de que la Administración Pública debe realizar su actividad y ejercer sus potestades en un entorno marcado por el desbocamiento normativo que tiene lugar en un ambiente cada vez más digitalizado. En palabras de SOSA WAGNER y FUERTES no existe una materia sometida a intervención administrativa tan universal como el turismo, y, sin embargo, su regulación en España es objeto de fragmentación en un alarde de feudalismo o cantonalismo administrativo³.

Por otra parte, la asunción en nuestro país de la normativa europea ha venido suponiendo para la Administración el abandono de su papel tradicional –basado en el control preventivo a través de la autorización previa– y la asunción de nuevos mecanismos de control ex post. Esta nueva situación provoca la necesidad de que la Administración Pública deba ser necesariamente mucho más activa inspeccionando y comprobando las actividades privadas una vez que estas se han iniciado. El control ex post de las actividades privadas ha pasado a ser la verdadera piedra angular del sistema de control. La norma ha perdido así la función de estabilización de las relaciones jurídicas. La verificación, supervisión o inspección del cumplimiento de las disposiciones vinculantes constituye hoy día una asignatura pendiente en el panorama de las administraciones públicas, sobre todo, desde la entrada en el mercado de las plataformas digitales.

La actividad inspectora constituye, en fin, una función genuinamente administrativa, de honda tradición en importantes ámbitos y sectores de la actuación pública, que, a diferencia de otras funciones públicas tradicionales, lejos de ser una actividad en retroceso o abandono, se trata de una actividad en pleno auge y expansión.

Sin embargo, la propia potestad inspectora dista aún de ser concebida con entidad propia y regida por sus propios principios. La vinculación estrecha con la potestad sancionadora ha evitado prestar atención a la potestad

inspectora en sí misma considerada cuando mayor es la necesidad de incidir en los controles de los que se dota el Ordenamiento Jurídico en aras a la aplicación real de las obligaciones que éste exige en cada caso.

La verificación, supervisión o inspección del cumplimiento de la norma constituye todavía hoy una asignatura pendiente en el panorama de las Administraciones Públicas y en la doctrina jurídica, a pesar del más o menos reciente incremento de estudios sobre esta materia⁴. Ni qué decir tiene que poco hay escrito sobre el ejercicio de la potestad inspectora y su relación con la nueva realidad de las plataformas colaborativas y la actividad inspectora automatizada (web scraping o inspector robot).

El trabajo que presentamos se divide en dos partes íntimamente relacionadas entre sí. Para abordar el régimen de intervención administrativa sobre las viviendas de uso turístico hemos creído conveniente analizar, en una primera parte, la disciplina turística que surge de la capacidad de ordenación y reglamentación de la Administración (capítulos 1 y 2) para, posteriormente, ahondar en la pieza angular de todo el sistema de intervención, la capacidad de inspección (capítulos 3 y 4).

En este sentido, en el capítulo 1 se analizan, partiendo de la fundamentación de la capacidad de intervención administrativa, los dos frentes en los que actualmente se sustenta dicho control: en primer lugar, las restricciones sobre la actividad fruto de la “motorizada” legislación turística autonómica y, en segundo lugar, las restricciones territoriales provocadas por la ordenación urbanística municipal. En el capítulo 2, se estudia el ejercicio práctico de la actividad de control en el nuevo entorno digital caracterizado por la existencia de plataformas colaborativas en el alojamiento. Para ello, nos referiremos en primer lugar a la Smart city, destinos turísticos inteligentes y Big data como ecosistema donde se desarrolla la actividad de intervención o control de la administración. Parte importante de este capítulo es el análisis del distinto papel (y sus responsabilidades subyacentes) que están llamadas a realizar, en dicho entorno, tanto las plataformas digitales como la propia Administración.

En la segunda parte del trabajo, se ahonda en la piedra angular de todo el sistema de intervención: la actividad o

³ SOSA WAGNER, F. y FUERTES, M., *El Estado sin territorio. Cuatro relatos de la España autonómica*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

⁴ Véase, entre otros, AMENÓS ÁLAMO, J., *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Cedecs, Barcelona, 1999; BERMEJO VERA, J., “La Administración Inspectora”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998; FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad Administrativa de Inspección*, Comares, Granada, 2002; RIVERO ORTEGA, R., *El Estado Vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000; SAÍZ MORENO, F., “La Inspección Educativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 109; REBOLLO PUIG, M., “La Actividad Inspectora”, en Díez Sánchez, J. J., *La Función Inspectora*, INAP, 2013; BLANQUER CRIADO, D., *La inspección (de actividades autorizadas o comunicadas)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

potestad de inspección administrativa. Así, en el capítulo 3, partiendo de la constatación de que se está produciendo un cambio de paradigma, consideramos la posibilidad de existencia (o no) de un procedimiento inspector profundizando, entre otros aspectos, en los distintos rasgos de las actuaciones de inspección. Finalmente, en el capítulo 4, 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.



Primera parte.

**Disciplina
turística.
Intervención
administrativa
sobre viviendas de
uso turístico**



1.

**Medidas de
intervención
administrativa
en el ejercicio
del control
administrativo
sobre viviendas de
uso turístico**

I. Fundamento de las capacidades de intervención administrativa sobre las viviendas de uso turístico por parte de la Administración

Previo a la descripción de las distintas potestades concretas que puede ejercer la Administración con el fin de intervenir o incidir en el fenómeno de las viviendas de uso turístico, se debe analizar el marco habilitante para dicha intervención en las actividades privadas. En este sentido, se debe partir del reconocimiento del principio de libertad de empresa recogido en el art. 38 CE enlazándolo con la modalidad de libre prestación de servicios⁵ recogida por la Directiva Europea que ha sido desarrollada en España a nivel básico estatal por las leyes 17/2009 sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y 25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio⁶. Este marco legal supone la imposibilidad de exigir una autorización previa para la implantación o el ejercicio de actividades de servicios salvo con respecto a las materias de ordenación del territorio y urbanismo.

Para abordar el análisis del régimen de intervención administrativa sobre las viviendas de uso turístico (en adelante VUT) subrayamos la capacidad de ordenación (que ha dado lugar a muy distintas normas de carácter reglamentario de carácter autonómico y también a normas de carácter urbanístico y naturaleza reglamentaria en determinados ayuntamientos⁷), y la capacidad de inspección y el ejercicio, en su caso, de la potestad sancionadora. Todas estas capacidades están basadas en el poder de supremacía total de la Administración y deben ejercerse, como es lógico, con sometimiento pleno al principio de legalidad⁸. Además, al ser normas jurídicas, obligan tanto a los ciudadanos como a la propia Administración, en sus vertientes pasiva y activa de cumplir y hacer cumplir a través del ejercicio de la actividad inspectora y sancionadora.

En cualquier caso, es la legislación básica la que posibilita la actuación concreta de la Administración. En este sentido, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo, regula el procedimiento de actuación común de todas las Administraciones públicas, también, en el ámbito local en el art. 84 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local⁹. Como es sabido, esta habilitación para la intervención debe tener una expresa habilitación legal en los términos que GARCÍA DE ENTERRÍA denominaba vinculación positiva¹⁰.

Como resalta GARCÍA RUBIO, en el ámbito local, junto con la ya especificada potestad reglamentaria, nos encontramos con la capacidad para someter a licencia determinadas actuaciones –las obras, por ser de naturaleza

5 GARCÍA RUBIO, F., "La intervención administrativa sobre las viviendas vacacionales. Especial referencia a las entidades locales", en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 49, 2019, p. 45.

6 Ley 17/2009, de 23 de noviembre sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE de 24 noviembre 2009, núm. 283; Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE de 23 de diciembre de 2009, núm. 308.

7 Ej. Plan Especial Urbanístico de Alojamientos Turísticos de Barcelona (PEUAT) publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona (BOPB), a 6 de marzo de 2017.

8 Art. 106 CE y Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, BOE 14 julio 1998, núm. 167 (control de los tribunales de justicia).

9 Artículo 84. *1. Las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: a) Ordenanzas y bandos. b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (RCL 2009, 2256), sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma. c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. d) Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma. e) Órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo. 2. La actividad de intervención de las Entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue. 3. Las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones Públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las Entidades locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales.*

10 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, Civitas, 2017, p. 477.

urbanística y por tanto estar excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios– y también, para otras actividades, el sometimiento a una declaración responsable o a una comunicación previa para el ejercicio de actividades, como es el caso del uso económico de viviendas¹¹.

Lo cierto es que, un turismo económicamente viable ha de ser rentable tanto para el prestador del servicio turístico como para el destino en general. En un estudio encargado por el Ayuntamiento de Barcelona en 2016, se cuantificaba por primera vez el alcance del fenómeno de la VUT, cifrando en 15.881 los apartamentos turísticos –9.606 con licencia– y el resto –6.275– sin ella. Esto suponía que el 39,5 % de la oferta era ilegal y ejercía su actividad en un espacio no regulado por lo que se encontrarían provocando problemas de intrusismo y competencia desleal afectando tanto a los destinos en general como, de forma particular, a la oferta turística reglada. Si esta situación ocurría hace más de cinco años, en la actualidad se ha producido un incremento bastante notable que ha llevado a la Administración a probar el uso de nuevas herramientas automatizadas de inspección en la red (no olvidemos que este fenómeno surge por la existencia de plataformas –denominadas colaborativas– que comercializaban con la mayoría del mercado de alquiler).

Son bastantes las voces que se levantaron en su día exigiendo que los prestadores de este servicio de alojamiento en VUT cumplieran las normas establecidas, sin agravios comparativos con el sector reglado de siempre. No olvidemos que el sector reglado del alojamiento se encontraba, ante tal situación, resentido económicamente y en clara situación de desventaja competitiva. La irrupción de estas plataformas introdujo la capacidad de comercialización de la oferta alojativa por días, propiciando una “hotelización” de las viviendas que no había sido acompañada, en principio, por un control administrativo y legislativo apropiado, desequilibrando manifiestamente la balanza de los derechos y obligaciones de sus explotadores y titulares frente a los que se venían imponiendo a los modelos tradicionales de alojamiento turístico. En este sentido, DE LA ENCARNACIÓN llamaba la atención sobre el hecho de que “los estándares mínimos de calidad y se-

guridad que ofrecen los establecimientos reglados tienen un coste que repercutirá en el consumidor final, lo que hace que esta oferta sea económicamente menos atractiva de cara al mercado turístico”¹². Por estas razones, se han venido planteando problemas de derecho de la competencia frente a la actividad económica de la hostelería, que dispone de una multitud de normas administrativas que los responsables de establecimientos hoteleros y extrahoteleros deben respetar. Por otro lado, el carácter privado del alquiler ha supuesto que muchos contribuyentes dejaran de incluir los ingresos derivados del arrendamiento turístico en sus declaraciones de renta, omisión que, obviamente, no es correcta¹³.

En la propia modificación realizada a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, queda excluido de su ámbito de aplicación la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato. Esta modificación queda justificada en su exposición de motivos argumentando que “en los últimos años se viene produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, que podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que va en contra de los destinos turísticos”. La causa de esta modificación fue recogida en el Plan Nacional Integral de Turismo 2012–2015, donde se indicaba que “se viene produciendo un aumento cada vez mayor del uso del alojamiento de turismo, por lo que se modificó la Ley de Arrendamientos Urbanos para controlar las situaciones que pudieran dar lugar a intrusismo y competencia desleal que afectarían a los destinos turísticos”¹⁴. Ni que decir tiene que la situación se ha venido agravando en los últimos tiempos, muestra de ello es que, en la Guía de Buenas Prácticas en la digitalización para Destinos Turísticos Inteligentes, se señala el rastreo *on line* mediante tecnologías Big data y Analytics como medio para optimizar la gestión de las VUT en tales destinos. El empleo de técnicas de web scraping supone así una alternativa innovadora para dimensionar y comprender el fenómeno de las VUT, además de para la identificación de viviendas ilegales y la comprensión del impacto

11 GARCÍA RUBIO, F., “La intervención...”, *ob. cit.*, p. 47.

12 DE LA ENCARNACIÓN, A. M., “EL ALOJAMIENTO COLABORATIVO: VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO Y PLATAFORMAS VIRTUALES”, EN REALA, NUEVA ÉPOCA, NÚM. 5, ENERO- JUNIO 2016, PÁG. 21.

13 La Agencia Tributaria advierte que los ingresos obtenidos de cualquier alquiler privado han de ser declarados. <http://www.cehat.com/frontend/cehat/Hacienda-Advierte-A-21-500-Usuarios-De-Plataformas-Como-Airbnb-De-Que-Deben-Declarar-Todos-Sus-Ingred-vn7506-vst585>. *Vid.* informe La economía colaborativa y la vivienda turística no reglada. El caso de Valencia. Unión hotelera Provincia de Valencia, 2017, http://www.thinktutur.org/media/Informe-Union_Hotelera_2017.pdf, fecha del último acceso 15 octubre 2021.

14 Documento accesible en la web <http://www.tourspain.es/es-es/VDE/Paginas/PNIT.aspx>. Último acceso 5 abril 2021.

real de la regulación implantada en el destino en materia de alojamientos turísticos¹⁵.

Por todo lo comentado hasta este momento, en primer lugar, se van a analizar las distintas formas de ejercicio de esta actividad de control o policía sobre el especial ámbito de las VUT (denominada por algún autor como sector de disciplina turística). Nos centramos en la declaración responsable e inscripción en el Registro de empresas Turísticas –y la consecuente obligación de publicidad del número registro–, como medios de control originario y, posteriormente, en los controles *ex post* ya que, la tendencia general impulsada por la Directiva es pasar al control realizado después de iniciarse la actividad económica, mediante, como señala BLANQUER CRIADO, “la inspec-

ción burocrática o la supervisión tecnocrática” de las actividades previamente comunicadas¹⁶. Así nos referiremos a los planes y visitas de inspección –junto a su problemática jurídica–, y las actas y libro de inspección. Finalmente, analizaremos la intervención municipal por razones urbanísticas resaltando el importante papel que posee la ordenación urbanística. Por lo tanto, la batalla del control de las viviendas de uso turístico se está desarrollando en dos frentes distintos: en el de la legislación turística y en el del urbanismo, o más concretamente, en el de la planificación urbanística. Por esta razón nos referiremos primero a las restricciones sobre la actividad (consecuencia de la legislación turística autonómica) y, finalmente, a las restricciones territoriales (fruto de la ordenación urbanística municipal).

15 Vid. 50 buenas prácticas digitales para una nueva generación de destinos: Guía de buenas prácticas en digitalización para Destinos Turísticos Inteligentes, SEGITTUR y Red DTI, noviembre 2021. Disponible en: https://www.segittur.es/wp-content/uploads/2021/11/Guia-50bbpp-digitalizacion-para-destinos-DTI_Segittur.pdf, fecha del último acceso: 23 enero 2022.

16 BLANQUER CRIADO, D., *La inspección (de actividades autorizadas o comunicadas)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 29.

II. Restricción sobre la actividad

1. El control administrativo originario

A) Declaración responsable y comunicación previa

Como es sabido, en los últimos años la técnica habitual de intervención en la actividad de los particulares en materia de vivienda con usos distintos al residencial es la declaración responsable y la comunicación previa. Así, en el inicio de la prestación del servicio de alojamiento en la vivienda con fines turísticos, la persona o entidad que explota este servicio tendrá que formalizar la correspondiente declaración responsable ante la Administración competente en materia de turismo que tiene la virtualidad de habilitar el comienzo de la actividad desde el mismo día de su presentación¹⁷ para ejercer la misma por tiempo indefinido¹⁸.

En cualquier caso, la declaración responsable debe ser presentada por el titular de la actividad y no por el propietario o titular de la vivienda cuando no coincidan sobre la misma persona. Esta cuestión, que parece obvia, ha sido objeto de la STSJ de Madrid 794/2021, de 10 de junio, ya que el Decreto madrileño determinaba en su art. 12.3 y 3 (declarados nulos) que cuando era posible desdoblarse la condición de propietario del alojamiento y la de titular de la actividad recayendo en dos sujetos distintos, era sólo el primero, desligado de la actividad, y no quien propiamente ha de ejercerla, el que viniera siendo obligado a presentar la declaración responsable para el comienzo de la actividad y claro, en quien recaían todas las consecuencias de no haber cumplido con dicha obligación –cuando ni siquiera estaría explotando la actividad en cuestión– o, de haberla cumplido, de que la actividad no reúna, en realidad, los requisitos que debería según la declaración responsable y conforme a las exigencias de la normativa sectorial. La regulación contenida en el decreto madrileño resulta, pues, restrictiva de modo injustificado del Derecho al libre acceso a la actividad de prestación de servicios turísticos, pues se restringe el derecho del titular de la actividad –no

propietario de la vivienda– que quiera ser, a la vez titular de la actividad, pues no podría ejercerla profesionalmente si, previamente, el propietario de esta no presenta la preceptiva declaración responsable¹⁹.

La declaración responsable debe contener, a nuestro modo de ver, como mínimo, un pronunciamiento expreso sobre los siguientes extremos: que se ostenta la disponibilidad de la vivienda o viviendas para su dedicación al uso turístico y la documentación que lo acredita según el caso (escritura de propiedad del inmueble, contrato de arrendamiento, autorización para la gestión entre persona propietaria y empresa, u otro título válido a estos efectos); que la vivienda o viviendas dispongan de los requisitos exigidos por la normativa para su clasificación en la categoría y capacidad comunicada, y que tales requisitos se mantendrán durante la vigencia de la actividad; que dispone del informe municipal favorable de compatibilidad urbanística que permita el uso turístico; que disponga de licencia de ocupación de la vivienda; y que disponga de un seguro de responsabilidad civil u otra garantía equivalente para cubrir los daños y perjuicios que puedan provocarse en el desarrollo de la actividad. En este sentido, debemos añadir que, como se afirma en la STS 625/2020, no es impropio de un sistema de declaración responsable que la misma se acompañe de documentación acreditativa de determinados requisitos necesarios para el ejercicio de la actividad de que se trate, precisamente a los efectos de que la Administración pueda verificar la exactitud de la declaración²⁰.

La regulación entre las comunidades autónomas resulta muy dispar, tanto que las diferencias pueden llegar a ser muy significativas. Merece la pena llamar la atención sobre el hecho de que, muy recientemente, la Generalidad Catalana ha eliminado cualquier intervención administrativa en el trámite de inicio de la actividad, suprimiendo la obligación de los prestadores de servicios turísticos de presentar cualquier tipo de declaración responsable o comunicación de inicio o solicitud de autorización, quedando la persona titular sujeta únicamente al control *ex post* de los requisitos turísticos. O, por lo menos, de esta manera se expone en el preámbulo, no siendo del todo cierto, como veremos infra.

17 “Las declaraciones responsables y las comunicaciones permitirán, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas”, art. 69. 3 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE de 2 octubre de 2015, núm. 236.

18 “Con carácter general la realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá acceder a una actividad de servicios y ejercerla por tiempo indefinido”, vid. art. 7.1 Ley 17/2009, de 23 noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE 24 noviembre 2009, núm. 283.

19 Así la STSJ de Madrid 794/2021 de 10 de junio (RJCA/2021/1690) sobre el Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno por el que se regulan los apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, BO Comunidad de Madrid de 31 julio, núm. 180.

20 Salvo que se justifique el carácter excesivo de alguna concreta exigencia. STS 625/2020, de 1 de junio. RJ/2020/1461.

Se simplifica así el régimen de intervención que preveía el anterior Decreto 159/2012 de establecimientos de alojamientos turísticos y de viviendas de uso turístico que consistía en la presentación de una declaración responsable de cumplimiento de la normativa turística. La justificación de esta renuncia al control se basa en la obligación de suprimir toda barrera o carga administrativa que no esté justificada en la protección de una razón imperiosa de interés general considerando que el régimen de habilitación, concretamente, la obligación de presentar declaración responsable o comunicación previa no es coherente con el marco legal vigente que establece la obligación de suprimir todas las barreras de acceso al mercado²¹.

No obstante, en la práctica, lo anterior no es del todo cierto ya que, aun rebajando el nivel de control eliminando la obligación de presentar una declaración responsable, se mantiene como obligatoria la comunicación previa. Así, las viviendas de uso turístico podrán comenzar su actividad presentando la correspondiente documentación en el portal electrónico de la Ventanilla Única Empresarial (FUE), teniendo esta la obligación de otorgar inmediatamente un número provisional que comunicará a la persona titular de alojamientos a los efectos de cumplir con la obligación de exhibición del número en todo tipo de publicidad que les anuncie. La FUE, a través de los medios de interoperabilidad habilitados, envía esta documentación a los entes locales y, estos a su vez, en el plazo de dos meses, al Registro de turismo de Cataluña con el objeto de cumplir con su inscripción. En el momento en que se produzca la inscripción del alta del establecimiento en el Registro, éste comunicará el número definitivo (NIRTC) a la persona titular del establecimiento y al correspondiente ayuntamiento.

Resulta llamativo que la Ley Balear 6/2017 establezca un régimen de declaración responsable para el inicio de la actividad con efectos habilitantes limitados a una duración de cinco años, transcurridos los cuales hay que volver a presentar una nueva comunicación²². En principio, este tipo de limitaciones temporales deben estar justificadas en la existencia de una "razón imperiosa de interés general"²³, la cual resulta dudosa que aquí concorra ya que estamos hablando de razones de orden, seguridad o salud pública que no aparecen justificadas con carácter general en dicha Ley. Esto podría suponer una vulneración de la mencionada normativa comunitaria y de la ley estatal que traspone la misma²⁴.

Estas simples comunicaciones permiten a la Administración obtener información antes, o al mismo tiempo, de que el operador económico preste un servicio, partiéndose así de la premisa de que el establecimiento y la prestación del servicio no implican riesgos para los intereses públicos, eso sí, el operador económico deberá convivir con un cierto margen de inseguridad jurídica -después de iniciar su actividad y quedando sujeto a un activo control a posteriori por parte de la Administración-.

El que las Comunidades Autónomas tengan (y mantengan al día) un censo de viviendas con fines turísticos, implementado a través del Registro de empresas de Turismo, se configura como una estrategia clave para eliminar la clandestinidad y competencia desleal en la actividad turística, garantizando así la seguridad ciudadana y la lucha contra el fraude. De hecho, es una actividad de limitación de menor intensidad de lo que lo era la de la autorización previa que la provocaba²⁵.

21 Vid. preámbulo, punto IV, de Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de Turismo de Cataluña, DO. Generalitat Catalunya 6 agosto 2020, núm. 8195.

22 "En todos los casos, la presentación de la declaración responsable que se refiera a estancias turísticas llevadas a cabo en viviendas residenciales sometidas al régimen de propiedad horizontal, habilita para el ejercicio de la actividad por el plazo que se fije reglamentariamente y que, por defecto, es de cinco años desde la presentación a la administración turística. Durante el mes anterior a la finalización de cada periodo, si la vivienda sigue cumpliendo todos los requerimientos determinados legal o reglamentariamente, la persona propietaria de la vivienda, o la persona comercializadora, con el permiso expreso de esta, puede presentar a la administración turística una comunicación relativa al hecho de que se prorroga el plazo de comercialización por el mismo periodo, que sigue cumpliendo los requerimientos normativos y que tiene el certificado del órgano gestor de plazas o de la administración turística que acredita que puede disponer de manera temporal de las plazas por otro periodo. En caso de que se cumpla el plazo y no se haya producido esta comunicación o que la vivienda ya no cumpla los requerimientos normativos establecidos en aquel momento, incluidos los urbanísticos, tiene que cesar la actividad de comercialización de estancias turísticas, la vivienda tiene que pasar a situación de baja definitiva y las plazas tienen que retornar de manera automática a los organismos gestores de plazas o a la administración turística". Art. 50 Ley de Turismo Balear. Artículo modificado por el art. Único 9 de la Ley 6/2017, de 31 de julio, BOE de 15 de septiembre 2017, núm. 223.

23 Con arreglo a lo establecido en el art. 7 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE 24 noviembre 2009, núm. 283, fruto de trasposición a nuestro ordenamiento de la Directiva de Servicios 2006/123/CE, de 12 diciembre de 2006 (IcEUR 2006, 3520)

24 Así también lo entiende DOMÉNECH, G., LA REGULACIÓN DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO, DOCUMENTO ACCESIBLE A TRAVÉS DE LA WEB [HTTPS://WWW.ACADEMIA.EDU/S/0995D1DD96/LA-REGULACION-DE-LAS-VIVIENDAS-DE-USO-TURISTICO](https://www.academia.edu/S/0995D1DD96/LA-REGULACION-DE-LAS-VIVIENDAS-DE-USO-TURISTICO). FECHA DEL ÚLTIMO ACCESO 3 ABRIL 2022.

25 Obtenida la autorización de la Administración turística competente, la empresa, en la práctica totalidad de las legislaciones autonómicas, quedaba automáticamente inscrita en el Registro Autonómico de Empresas y Actividades Turísticas. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho Administrativo del Turismo*, Marcial Pons, 2016, pág. 103.

Estos Registros se configuran como instrumentos de conocimiento del sector turístico, para ofrecer una información integral de la oferta turística, constituyendo el marco previo necesario para la programación y la planificación turística, sirviendo también de base a las actividades de control por parte de la Inspección, con el fin de eliminar la clandestinidad y garantizar los derechos de las personas usuarias turísticas²⁶. Este tipo de control, como destaca PIZARRO NEVADO, no sólo pretende garantizar al usuario que el establecimiento o servicio turístico reúne en todo momento unas características mínimas y homogéneas, también es un instrumento eficaz en garantía de la seguridad ciudadana y permite a la Administración identificar a los sujetos que desarrollan la actividad, que en ocasiones están llamados a cumplir con distintos deberes y a colaborar en la recaudación de tributos²⁷. En Cataluña, los ingresos obtenidos por la recaudación del impuesto de estancias en establecimientos turísticos, financian la tecnología destinada a combatir el alojamiento turístico ilegal (programas araña web).

B) Registro de Empresas Turísticas y obligatoriedad de publicidad del número Registro

Tras la Declaración Responsable o comunicación previa, las VUT se deberán inscribir de oficio en el Registro de turismo de la comunidad autónoma correspondiente²⁸. Claro

está que la inscripción no tiene nunca carácter habilitante para el inicio de la actividad y no otorga ninguna facultad ni reconoce ningún derecho para el acceso a la misma. Por lo tanto, la función primordial de estos registros de empresas turísticas es el logro del conocimiento más acertado de la realidad, función meramente informativa, estadística y de certificación y las de apoyo a los órganos de las administraciones y a todos aquellos interesados en el estudio y la investigación en materia turística. Como se verá más adelante (capítulo 2 y capítulo 4), el Registro juega un papel relevante en la actividad de inspección turística a través de sistemas automatizados (web scraping).

Andalucía establece que las inscripciones (las altas y bajas) deben comunicarse a las diferentes corporaciones municipales donde éstas se ubiquen y a la Consejería competente en materia de vivienda²⁹. En el caso de Cataluña se procede de forma contraria, los ayuntamientos comunican al Registro de turismo las altas, las bajas y las modificaciones de datos de las viviendas situadas en su término municipal a través de la extranet de las Administraciones Públicas catalanas (plataforma EACAT) gestionada por el Consorcio Administración Abierta de Cataluña para su inscripción³⁰. Debemos hacer notar que, en Cataluña, el ejercicio de control expost de los requisitos turísticos es compartido entre los entes locales y la Administración

26 Así lo establece el preámbulo del Decreto 143/2014, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Turismo de Andalucía, BO Junta de Andalucía de 11 de noviembre 2014, núm. 220.

27 Por ejemplo, la Ley 5/2017, de 28 de marzo, BOE 27 junio, núm. 152 regula un impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos que deben pagar los inquilinos de las viviendas de uso turístico. El propietario la recaudaba con el precio del arrendamiento y posteriormente estaba obligado a presentar la correspondiente liquidación ante la Agencia Tributaria. GONSÁLVEZ PEQUEÑO, H., *Tratado jurídico ibérico e iberoamericano del Turismo Colaborativo*, Aranzadi, 2021.

28 O en el Registro Insular de empresas, actividades y establecimientos turísticos. De esta forma lo establecen: el Decreto 256/2019, de 10 de octubre, por la que se regulan las viviendas de uso turístico en la Región de Murcia, BORM 19 octubre, núm. 242; Art. 24.4 y art. 53.1 Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo del País Vasco, BOE 10 septiembre, núm. 219; Art. 9.3 Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos de Andalucía, BO Junta de Andalucía 11 febrero, núm. 28; Art. 31 Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico de Asturias, BO Principado de Asturias 17 agosto, núm. 191; Art 15.4 Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico de Castilla y León, BO Castilla y León 17 febrero, núm. 33; Art. 17 Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, BO Comunidad de Madrid 31 julio, núm. 180; Art. 12.3 Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, BO Canarias 28 mayo, núm. 101; Art 43.1 Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia, DO Galicia 10 febrero, núm. 29; Art. 23.6 Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas, BOE 15 septiembre, núm. 223; Art. 20 Decreto 10/2021, de 22 de enero Reglamento regulador del alojamiento turístico en la Comunidad Valenciana, éste, sustituye al anterior Decreto 92/2009, de 3 de julio por el que aprobaba el reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana, DO Generalitat Valenciana 8 febrero 2021, núm. 9015. En la Comunidad Valenciana esta obligación (de inscripción en el Registro, comunicación previa y declaración responsable) era potestativa para quienes "con título bastante cedan directamente una sola vivienda turística". No obstante, en cualquier caso, la vivienda debería cumplir con los requisitos establecidos en el Decreto. Este apartado fue suprimido por la disposición derogatoria única del Decreto 75/2015, de 15 de mayo, DOCV 20 mayo 2015, núm. 7559.

29 Art. 9.3 Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos de Andalucía, BO Junta Andalucía 11 febrero, núm. 28.

30 Art 131.3 -1, Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de Turismo Cataluña "Corresponde a los entes locales la comunicación al Registro de turismo de Cataluña de los datos definitivos de las altas y bajas de actividad de los alojamientos turísticos, así como la comunicación de cualquier modificación de los datos inscritos". DO Generalitat de Catalunya, 6 agosto, núm. 8195.

Turística de la Generalitat en el marco de la colaboración y coordinación interadministrativa exigida por la ley, ejerciendo su competencia en la verificación del cumplimiento de los requisitos turísticos de los alojamientos.

Debemos llamar la atención sobre el hecho de que uno de los problemas más relevantes que suele darse en ésta tipo de alojamientos es que la decisión de dedicar una vivienda al uso turístico sea tomada por el arrendatario de esta sin conocimiento o permiso del arrendador o incluso contraviniendo las cláusulas del contrato de alquiler³¹. En este sentido, sería recomendable que las normas que regulan las VUT tuvieran alguna previsión al respecto. Únicamente, la Ley 11/2016 de Turismo del País Vasco establece la obligación de comunicar a la persona arrendadora la realización de la actividad³².

No viene siendo habitual realizar alguna referencia con respecto al plazo que tienen las Administraciones para llevar a cabo la inscripción en el Registro (del acto o hecho declarado), desde que se presenta la Declaración responsable ya que la presentación de la declaración responsable de inicio de actividad debe tener como efecto inmediato la inscripción en el correspondiente Registro³³, aunque sí lo hacen los Decretos de Aragón, Galicia, Canarias y Andalucía (no superior a tres meses una vez formalizada la declaración responsable en el primer caso, y quince días, en el segundo, tercero y cuarto)³⁴. Pero no solo se debe proceder a la inscripción en los Registros de las declaraciones responsables

formalizadas sino también cualquier modificación o reforma sustancial que afecte a las condiciones en las que se inscribió la vivienda de uso turístico como el cambio de persona propietaria o, en su caso, de la persona gestora de la vivienda de uso turístico, el cese de actividad³⁵, etc. Cuando se trata de la inscripción de este tipo de modificaciones/alteraciones a la inscripción constitutiva, se establecen también algunos plazos a respetar: Canarias establece que se comunicarán al cabildo insular correspondiente en un plazo no superior a 30 días desde que se efectúen, al objeto de que proceda a su anotación en el Registro³⁶. Así mismo, Galicia establece un plazo de 10 días³⁷.

También es posible la imposición de un plazo al interesado para que comience a realizar la actividad para la cual ha presentado declaración previa y ha procedido la Administración a inscribir en el Registro, así la norma valenciana establece que "presentada la declaración responsable de inicio de actividad, ésta deberá comenzar de forma efectiva en el plazo máximo de dos meses. En caso contrario, aquella quedará sin efecto y se procederá, previa instrucción del oportuno expediente en el que se dará audiencia a la persona interesada, a la baja y cancelación de la inscripción en el Registro"³⁸.

Una consecuencia directa de la inscripción en el Registro es la atribución de un código de inscripción/signatura que, como establecen multitud de normas autonómicas sobre VUT, habrá de indicarse en toda publicidad o promo-

31 Esta situación saltó por primera vez a la opinión pública en junio de 2017 cuando una propietaria se vio obligada a alquilar su propio piso a través de la plataforma Airbnb para poder recuperarlo aun cuando en las cláusulas del contrato de alquiler se hacía constar expresamente que el inquilino no podía realquilarlo ni hacer un uso turístico del mismo. http://www.abc.es/economia/abci-mujer-alquila-propio-piso-traves-plataforma-airbnb-para-poder-recuperarlo-201706221249_noticia.html, fecha de último acceso 7 diciembre 2021.

32 Vid. art. 53.1 "En el caso de que se ceda para uso turístico una vivienda arrendada, será la persona arrendataria quien deberá presentar la declaración responsable y deberá estar inscrita en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas de Euskadi. Así mismo tendrá la obligación de comunicar a la persona arrendadora la realización de la actividad", Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo del País Vasco, BOE 10 septiembre, núm. 219.

33 Así lo establece el art. 23.6 Ley de Turismo de las Islas Baleares, BOE 15 septiembre, núm. 223.

34 Art. 14.4 Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico, BO Aragón 14 mayo, núm. 90; Art 43.2 Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia, DO Galicia 10 febrero, núm. 29; Art. 13.3 Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, BO Canarias 28 mayo, núm. 101. Debemos hacer notar que en Andalucía existe el Decreto 143/2014, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Turismo de Andalucía, BOJA 11 noviembre de 2014, núm. 220, donde su Art. 13.3 relativo a los Efectos de la declaración responsable establece también el plazo de 15 días.

35 Si lo hace el decreto aragonés art. 15 (Decreto 80/2015, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico, BO Aragón 14 mayo, núm. 90) y el de Castilla y León art. 17.5 (Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico, BO Castilla y León, 17 febrero, núm. 33).

36 Art 14 Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, BO Canarias 28 mayo, núm. 101. En el mismo sentido Asturias donde las empresas explotadoras de las viviendas deben comunicar el cese definitivo de la actividad a la Administración turística art. 33 Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico, BO Principado de Asturias 17 agosto, núm. 191. También Castilla y León art. 17.3 Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico, BO Castilla y León 17 febrero, núm. 33.

37 Art 41 Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia, DO Galicia, 10 febrero, núm. 29.

38 Art. 25 Decreto 10/2021, de 22 de enero que aprueba el reglamento regulador del alojamiento turístico en la Comunidad Valenciana, DO Generalitat Valenciana, 8 febrero, núm. 9015.

ción realizada por cualquier medio³⁹ como garantía de su legalidad. A pesar del establecimiento de tal obligación, debemos recordar que la inscripción en el Registro no tiene carácter habilitante para el inicio de la actividad y no puede ser que ninguna norma establezca, aun de manera indirecta, que esta inscripción es requisito necesario para llevar a cabo cualquier forma de publicidad ya que vulneraría lo establecido en los arts. 4, 9 y 12 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, pues esta es una exigencia que no supera al test de necesidad y proporcionalidad que imponen tales preceptos. Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo ha sido claro. Fue el caso del decreto madrileño donde el precepto no establecía de manera directa y expresa que fuera obligatoria la inscripción en el Registro de empresas turísticas, pero se entendía que albergaba ese designio pues al establecer que “en toda forma de publicidad debe hacerse constar el número de referencia de su inscripción en el citado Registro” fácilmente se colige que la inscripción es considerada como requisito para llevar a cabo cualquier forma de publicidad⁴⁰. En definitiva, el cumplimiento de esta obligación deberá ser objeto de especial vigilancia en el supuesto de que la publicidad se efectúe a través de los servicios de la sociedad de la información en clara relación a incidir en el modo en que se efectúa la publicidad de las viviendas contribuyendo a la profesionalización del sector (instituyendo como piedra angular de la comercialización a las empresas gestoras de las viviendas turísticas) y en los derechos y obligaciones que incumben a las partes. Sobre este particular se profundizará en el capítulo siguiente.

La presentación de la Declaración Responsable ante la Administración competente en materia de turismo tiene la virtualidad de habilitar el comienzo de la actividad des-

de el mismo día de su presentación y como la inscripción en el Registro competente (y su notificación a la persona interesada) puede realizarse en un plazo de tiempo posterior, existe un lapsus de tiempo en que el titular de la actividad no posee el número registro. Esta eventualidad ha sido solventada por alguna comunidad autónoma otorgando, de manera automatizada, un número provisional en el mismo acto de la comunicación previa -realizándose ésta a través de medios electrónicos-, como así es en Cataluña⁴¹.

Ante esta realidad, existe una irrupción de nuevas y rápidas formas de comercialización, directas y sin intermediarios, y en especial a través de las técnicas de la sociedad de la información -Internet-. Esta inmediatez en la contratación, esta aparente facilidad, no va acompañada en todos los casos, y como sería deseable, de las mínimas garantías para los usuarios que facilita la elusión de las normas, tanto turísticas como de otra índole, y dificulta la investigación e inspección de las infracciones administrativas que pudieran cometerse.

Es, por tanto, el control *ex post* la verdadera piedra angular del sistema de control. No pasa desapercibido que resulta fundamental propiciar algún tipo de seguridad jurídica de cara a los inquilinos alojados en las VUT. Esta es la razón por la cual, en algunas reglamentaciones se establece como obligación de información a los turistas el deber de la empresa de exponer de manera visible, en un tablón de anuncios que se instalaría en el acceso principal a la vivienda o bien a través de otros medios, la información relativa al número de inscripción en el Registro de turismo⁴². También en la comunicación de la confirmación de la reserva se hará constar, al menos, el número de inscripción en el Registro de turismo⁴³.

39 Art. 9 Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos de Andalucía, BO Junta de Andalucía 11 febrero, núm. 28; Art. 15.2 Decreto 80/2015, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico de Aragón, BO Aragón 14 mayo, núm. 90; Cataluña Ley de 2/2014, de 27 enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, DOGC núm. 6551, 30 enero 2014 (añadió un nuevo apartado 5 al artículo 73 de la Ley de Turismo de Cataluña; Art. 17.5 Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, BO Comunidad de Madrid, 31 julio, núm. 180; Arts. 14.3 y 27. d) Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico de Asturias, BO Principado de Asturias 17 agosto, núm. 191; Art. 35 Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico de Castilla León, BO Castilla y León 17 febrero, núm. 33; Art. 7.3 Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, BO Canarias 28 mayo, núm. 101; Art. 19. n) Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas Islas Baleares, BOE 15 septiembre, núm. 223; Art. 24.7 Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo del País Vasco, BOE 10 septiembre, núm. 219.

40 Así STS 1741/2018, de 10 diciembre (RJ/2018/5571).

41 Así lo establece el art. 131.3 del Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de Turismo de Cataluña, DO Generalidad de Catalunya 6 agosto 2020, núm. 8195.

42 Art. 18 Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico de Castilla y León, BO Castilla y León 17 febrero, núm. 33.

43 Art. 20 Decreto 3/2017,... *Ibidem*.

A este respecto, la Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico y Apartamentos Turísticos (FEVITUR) impugnó el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprobó el reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias ante su Tribunal Superior de Justicia por entender que restringía la libre competencia. Concretamente, es impugnado ante el Tribunal el art. 7 relativo a las obligaciones de información y publicidad. El Tribunal decidió, que la obligación de poner a disposición del usuario determinada información sobre el régimen jurídico de las viviendas vacacionales no supone, en ningún caso, una traba al libre ejercicio de la actividad⁴⁴.

Por su parte, el grupo de trabajo creado por decisión del Pleno de la Conferencia Sectorial de Turismo⁴⁵ parece que es partidario de la creación de un "Registro único" de viviendas de uso turístico que tendría como fin conocer realmente el impacto y evolución del sector. Este Registro único sería viable siempre y cuando las CC. AA., que son las competentes en la materia, transfieran los datos de su Registro autonómico al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Esta transferencia de datos tendría que producirse a raíz de un acuerdo previo entre las CC. AA. y el Estado que además debería comprender la necesaria homogeneización de los datos que obran en los Registros. Ese consenso se debería lograr en el seno de la Conferencia Sectorial de Turismo.

2. Control administrativo a posteriori: planes e instrumentos de inspección

El ejercicio de los controles administrativos ex post resultan, en la actualidad, los puntos cardinales desde donde sustentar toda la actividad supervisora de la Administración. En este sentido, la programación o planificación de las actuaciones de inspección es decisiva.

A) Planes de inspección y dotación de recursos necesarios

La inspección de turismo debe llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para garantizar el cumplimiento de los re-

quisitos, deberes, prohibiciones y limitaciones que recoge la normativa turística en relación con la actividad y los servicios turísticos, incluso en aquellos servicios que estén relacionados con la sociedad de la información. Este instrumento –los planes de Inspección– se constituye en la clave del control administrativo en que consiste la Inspección. De hecho, la programación y planificación de las funciones inspectoras para el control de las actividades previamente autorizadas o comunicadas, no es una opción libre o discrecional para los Ayuntamientos, sino que es obligatoria en el ámbito local⁴⁶.

Uno de los rasgos característicos de la supervisión es, pues, la regularidad y continuidad de los controles. La actividad inspectora debe realizarse de manera rutinaria y continuada. Se trata, como afirma BLANQUER CRIADO, de una función de control que se ejerce "de manera rutinaria y sistemática, pues las normas establecen la periodicidad o frecuencia con que deben cumplirse las obligaciones de suministro de información y las labores de comprobación y supervisión"⁴⁷. Dicho de esta manera pudiera parecer que lo habitual fuera que las normas establecieran la periodicidad de los controles, pero, nada más lejos de la realidad. Lo más habitual es que las normas guarden silencio.

En este sentido, se debe buscar el punto medio entre la predeterminación normativa del concreto calendario de las inspecciones administrativas y la total discrecionalidad en la elección de la fecha en la que se van a realizar los controles. Lo recomendable sería la programación burocrática de las funciones de inspección ya que ello aporta certidumbre, en definitiva, seguridad jurídica, eliminando el riesgo de arbitrariedad administrativa⁴⁸. En el ámbito de objeto de nuestro estudio, el turismo, no es muy común hacer referencia alguna a la planificación inspectora. Pocas comunidades autónomas, a través de su Ley General de Turismo, se refieren a la necesidad de programación o planificación de las actuaciones de inspección. Únicamente, el art. 67 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, de Turismo de Andalucía afirma que "el ejercicio de las actuaciones inspectoras se ordenará mediante los co-

44 Fundamento de derecho cuarto, Sentencia núm. 41/2017, de 21 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (JUR/2017/226476)

45 Órgano de cooperación de composición multilateral y de ámbito sectorial del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, reunido en septiembre 2018.

46 Así lo establece el art. 84 ter. LBRL, introducido por la Ley 2/2011 "Cuando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, las Entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial".

47 BLANQUER CRIADO, D., *La inspección...*, ob. cit., p. 202.

48 En la STS de 29 de octubre de 2009, se expone que "la existencia de Planes de Inspección es sin duda un instrumento organizativo interno de la actuación de comprobación e investigación, pero es igualmente una exigencia del principio de igualdad ante la Ley y de la interdicción de la arbitrariedad en la actuación administrativa, camino por el que desemboca nuevamente en el principio de seguridad jurídica". Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, RJ\2010\1220.

rrespondientes Planes de Inspección Programada que se aprueben mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de turismo⁴⁹.

Con respecto al contenido de los planes y la programación de estas actividades de control, se pueden tener en cuenta distintos criterios, tales como número de reclamaciones o denuncias del subsector, carácter básico de los servicios de temporada o la afectación a colectivos especialmente protegidos. La realización de una buena planificación por parte de la inspección turística resulta especialmente trascendente en un país tan turístico como el nuestro. Así, en este ámbito, se debe tener en cuenta la fecha de inicio de las distintas temporadas turísticas⁵⁰ y la fecha en la que se materializan algunas de las actividades de fomento de la actividad turística por parte de las Administraciones, como, por ejemplo, los Programas de Turismo del IMSERSO⁵¹. Además, a nuestro modo de ver, todo plan de Inspección debe incluir una evaluación general de los problemas turísticos más relevantes, la zona geográfica cubierta por el plan, la relación de establecimientos que deben ser objeto de inspección, medios personales y materiales de los que dispone la Administración para llevarlo a cabo y, también, el plazo de ejecución y duración de las inspecciones. Así mismo, sería razonable que se le exigiera a la Administración inspectora un informe anual del resultado del conjunto de inspecciones desarrolladas, con el fin de permitir, en el futuro, un análisis retrospectivo que ayudara a realizar una mejor planificación futura. Sería recomendable que normativamente se establezca la exigencia de planificar esa labor de control y los criterios que deben utilizarse para programar las futuras inspecciones.

En la base de la elaboración de un plan o programa de inspección se encuentran los principios de jerarquía en la organización administrativa y coordinación de la Adminis-

tración. Así, opinamos, de acuerdo con BLANQUER CRIADO, que tienen la consideración de “actos administrativos generales, directrices vinculantes, o instrucciones generales destinadas a los funcionarios de inspección, que en la estructura organizativa de la burocracia son jerarquías inferiores de la autoridad que aprueba el plan o programa para racionalizar la actividad de sus subordinados”⁵².

Tampoco los Decretos que regulan las viviendas de uso turístico se refieren a la posibilidad de elaboración, por parte de la Administración, de planes de inspección. Así, la Ley Balear 6/2017, que modifica la Ley de Turismo en materia de comercialización de estancias turísticas en viviendas turísticas, resalta la importancia –ante la proliferación de este tipo de alojamientos–, de dotar a la Inspección de los recursos necesarios⁵³.

Viene siendo habitual en la actualidad que las comunidades autónomas anuncien –informalmente– la elaboración de planes de Inspección turística con el fin de poner coto a la economía sumergida, preservar la calidad y garantizar los derechos de los usuarios. Pero este anuncio no deja de ser una somera forma de hacerse publicidad –en los medios de comunicación– o amedrentar a los posibles infractores ya que al tener los planes o programas de inspección naturaleza jurídica de acto administrativo no son, en cualquier caso, reglamentos. La Administración, en principio, no tiene la obligación de publicarlos. A nuestro modo de ver, los criterios objetivos y abstractos utilizados en el plan para identificar los perfiles de riesgo de situaciones irregulares en los que existe justificación objetiva para ser efectivamente controlados deben hacerse públicos por razones de transparencia. En cambio, la inclusión de una persona física o jurídica concreta en el plan o programa de inspección es una decisión de la Administración que no debe ser notificada al sujeto interesado.

49 Ley 13/2011, de 23 de diciembre, de Turismo de Andalucía, BOE 20 enero 2012, núm. 17.

50 Según la idiosincrasia de cada Comunidad Autónoma, el Plan de Inspección, debe comprender la realización de inspecciones, por ejemplo, en uno u otro tipo de alojamiento. Así, en una Comunidad Autónoma costera, previa a la época estival, debería programarse la inspección de los alojamientos de costa y en temporada invernal, antes de su comienzo, deberían inspeccionarse con más ahínco los alojamientos rurales. Esta es la razón por la que las normas, muchas veces, hacen referencia a los “establecimientos de temporada”.

51 “El Imserso desarrolla su programa de turismo como un servicio complementario de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social española, con el objetivo de proporcionar a las personas mayores estancias en zonas de costa y turismo de interior, contribuyendo con ello a mejorar su calidad de vida, su salud y la prevención de la dependencia. Por otra parte, con el programa de turismo del Imserso se contribuye al mantenimiento del empleo y la actividad económica, paliando las consecuencias que en materia de empleo produce el fenómeno de la estacionalidad en el sector turístico del país”. Programa de Turismo del Imserso temporada 2021/2022.

52 Distinta es la conclusión jurídica a la que se llega cuando no se trata de la aprobación de un Plan o programa de inspección, sino del posterior acto singular o individual por el que se subsume a una determinada persona en los criterios objetivos y generales del plan o programa. En este caso estamos ante un acto autónomo o independiente de un eventual procedimiento posterior que puede desembocar en una resolución sancionadora. No tendría la consideración de acto de trámite puesto que no se incrusta en un procedimiento que desemboca en una resolución, sino que se dicta en el marco de la relación jurídica que de desarrolla entre la persona inspeccionada y la Administración que le controla. Vid. BLANQUER CRIADO, D., *La inspección...*, ob. cit., p. 215.

53 “Cada administración competente dotará en sus presupuestos los recursos para los servicios de inspección suficientes para llevar a cabo esta tarea. En este sentido cada administración determinará el personal necesario en su relación de puestos de trabajo ya sea en función del número de autorizaciones turísticas o en función de otros criterios objetivos”, Disposición Adicional séptima, Ley 6/2017, de 31 julio, BOIB 31 julio 2017, núm. 93.

B) Visitas de inspección y su problemática jurídica. Actas y libro de inspección

Como la actividad inspectora comporta fundamentalmente la realización de actividades de carácter material por parte de la Administración que tiene como fin último el control del cumplimiento de las normas, esta actividad material cobra especial sentido cuando se trata de controlar el desarrollo de las actividades previamente comunicadas. Una de las actividades materiales más relevantes es la visita de inspección que puede realizarse de manera tradicional, in situ, o sustituirse por una suerte de visita virtual realizada a través del uso de un sistema automatizado (programa araña web), como veremos (capítulos 3 y 4).

Todas estas actuaciones materiales de inspección quedan documentadas después en actos administrativos formales, siendo el acto formal arquetípico que resulta de la actividad inspectora el acta o atestado que tiene como misión la descripción de las labores de comprobación que se han desarrollado y refleja el resultado al que se ha llegado. No obstante, además de las actas, son típicas las diligencias de constancia o los requerimientos para pedir información. Todos tienen la consideración de acto administrativo. Cada uno de ellos es característico de una fase diferente de las actuaciones de inspección ya que las actas son propias de la terminación, pero las diligencias o requerimientos se producen al inicio o durante el desarrollo de la inspección.

El Libro de Inspección o el libro de visitas es la documentación formal de la inspección realizada in situ. En el ámbito de la inspección turística, es un documento tradicional y clásico que data de 1959 donde se estableció por vez primera, para las industrias y empresas de cualquier indole que se dedicasen a actividades turísticas, la posesión inexcusable del "Libro de Inspección" para dejar constancia en ellos del resultado de las visitas que girasen a las mismas los inspectores del Ministerio⁵⁴. De manera ordenada y correlativa en este libro se deja constancia, mediante diligencia, de las actuaciones de averiguación y comprobación que se despachen por los funcionarios de la inspección. Estas diligencias dejan constancia

de los antecedentes de la tarea inspectora y al mismo tiempo de "las advertencias orientadoras para los titulares de establecimientos con la exposición breve de defectos advertidos y fácilmente corregibles"⁵⁵.

Sirviendo como ejemplo, en la materia que nos ocupa, Asturias y Canarias prevén que la Administración turística facilite a las viviendas de uso turístico un ejemplar del Libro de Inspección turística junto a la comunicación de la signatura correspondiente, tras la inscripción de la empresa en el Registro correspondiente⁵⁶. También La Ley de Turismo de Castilla-La Mancha establece la obligación para todas las empresas y establecimientos turísticos de disponer de un libro de Inspección de Turismo "donde se hará constar el resultado de las visitas y referencia sucinta del acta de inspección realizada"⁵⁷.

A este respecto, debemos hacer notar que ha sido anulado el art. 13.3 del Decreto Canario relativo a la declaración responsable de inicio de la actividad. El precepto disponía que la entrega a la explotadora de la vivienda de las hojas de reclamaciones, placa, distintivo y Libro de Inspección solo se efectuaría transcurridos quince días hábiles, plazo dentro del cual el Cabildo Insular debía inscribir "la información sobre la actividad de explotación de la vivienda vacacional en el Registro General Turístico de la Comunidad Autónoma de Canarias". Como el inicio de la actividad sin la referida documentación es motivo de sanción, de facto esta regulación está desnaturalizando los efectos de la Declaración Responsable y sometiendo el inicio de la actividad a un control administrativo previo⁵⁸. Se infringe aquí el art. 69 de la Ley 39/2015, en cuanto que priva a la Declaración Responsable de la virtualidad de habilitar el comienzo de la actividad desde el mismo día de su presentación. Así, el Tribunal anula dicho artículo porque subordina la entrega de documentación necesaria para el inicio de la actividad a la inscripción en un Registro.

Las diligencias son los documentos públicos que extiende la Inspección de Turismo con el fin de hacer constar hechos o circunstancias, así como, en su caso, manifestaciones de la persona titular de la empresa turística o persona con la que se entienden las actuaciones, así son definidas expresamente por Ley de Turismo del País Vasco⁵⁹. Debemos hacer

54 Orden de 30 abril de 1959 y Orden de 31 octubre de 1970 por la que se dispone con carácter general la obligación de estar en posesión del Libro de Inspección a las Industrias y Empresas cuyas actividades sean de la competencia del Ministerio de Información y Turismo.

55 Orden de 31 de octubre de 1979 por la que se dispone con carácter general la obligación de estar en posesión del Libro de Inspección a las Industrias y Empresas cuyas actividades sean de la competencia del Ministerio de Información y Turismo. BOE núm. 275 de 17 noviembre de 1970.

56 Art. 31.2 Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico de Asturias, BO Principado de Asturias, 17 agosto, núm. 191; Art. 13 Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, BO Canarias 28 mayo, núm. 101.

57 Art. 56 Ley 8/1999, de 26 de mayo de Turismo de Castilla-La Mancha, BOE núm. 179, de 28 de julio de 1999.

58 Fundamento de Derecho Séptimo, Sentencia núm. 41/2017 de 21 de marzo. Tribunal Superior de Justicia Canarias (JUR/2017/226476).

59 Art. 86.2 Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo del País Vasco, BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2016.

notar que, no existe una clara diferencia funcional entre las diligencias de constancia y las llamadas actas o atestados, ya que ambos son actos administrativos que contienen una declaración de conocimiento sobre unos hechos y sus circunstancias. Como sostiene BLANQUER CRIADO la única diferencia es puramente convencional, pues la expresión “diligencia” se reserva en nuestro Derecho positivo para los actos dictados durante el desarrollo de la función inspectora, y el acta o atestado designa el documento final de las actuaciones de control. Mención merece el análisis realizado por este autor sobre la conveniencia de denominarlo acta o atestado y su presunción de veracidad⁶⁰.

Como no puede ser de otro modo, si esta visita de inspección es realizada a través de medios electrónicos (mediante araña web) a aquellos servicios que estén relacionados con la sociedad de la información (plataformas), igualmente la Administración, al finalizar su actividad de verificación, debe plasmar tanto sus pesquisas como los resultados obtenidos en un acto administrativo con el fin de dejar constancia de su actividad inspectora y de las eventualidades acaecidas.

La principal problemática que se suscita respecto a la práctica de las visitas de inspección sobre las viviendas de uso turístico es la relativa al hecho de si constituye la morada o el domicilio y puede estar protegido a efectos de privacidad. Resulta fundamental que la persona explotadora del servicio facilite a los Servicios de Inspección Turística el ejercicio de sus funciones⁶¹. En este sentido, resulta habitual que la mayoría de las leyes generales turísticas autonómicas establezcan como facultad del personal inspector el acceder a los inmuebles, locales y establecimientos donde se realicen tales actividades turísticas. Algunos Decretos precisan que

no se puede alegar la condición de domicilio habitual de la vivienda inspeccionada para impedir la actividad inspectora⁶². En este sentido, debemos llamar la atención sobre el hecho de que en algunas Comunidades Autónomas se encuentra autorizada la cesión por habitaciones⁶³ generando un dilema acerca de cómo ha de actuar la Administración ante una posible inspección dados los límites impuestos por la inviolabilidad del domicilio del propietario. La Ley de Turismo del País Vasco establece la necesidad de solicitarse la previa autorización judicial cuando el Servicio de Inspección necesite acceder a un inmueble donde se realicen actividades turísticas en el domicilio de una persona física o jurídica, y ésta no preste el consentimiento a la entrada en la misma⁶⁴.

El Decreto madrileño fue objeto de impugnación por la Federación Española de Asociaciones de viviendas de uso turístico y apartamentos turísticos (FEVITUR) ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid por establecer que no se podía alegar la condición de domicilio habitual de la vivienda inspeccionada para impedir la actividad inspectora. Esta federación consideraba que las viviendas de uso turístico son domicilios privados y no establecimientos turísticos y que, por tanto, sería de aplicación el derecho a la inviolabilidad del domicilio permitiendo a los propietarios de estas viviendas negar el acceso a quien tuvieren por conveniente. El Tribunal, respecto a este asunto, determina que el propietario de una vivienda, al acogerse a la modalidad de explotación de su vivienda abierta al público, “debe también aceptar voluntariamente que deban modularse los derechos de que dispone respecto de los que le corresponden cuando la misma se destina a domicilio particular, porque ya no se estaría protegiendo la intimidad personal y familiar del titular, sino que prevalecen las cuestiones implicadas con su explotación hostelera”⁶⁵.

60 Tal disquisición se basa en la idea de que el acta es un documento público expedido por un fedatario y el atestado es un documento oficial expedido por el testigo que ha presenciado un hecho. Se recomienda su lectura. En BLANQUER CRIADO, D., *La INSPECCIÓN...*, *ob. cit.*, p. 679 y ss.

61 Art. 10.3 Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos de Andalucía, BO Andalucía, 11 febrero, núm. 28; Art. 96.2 y Art. 99 Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas; Art. 34.2 Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de la Rioja.

62 Art. 31.3 Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico de Asturias, BO Principado Asturias 17 agosto, núm. 191; Art. 17.3 Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, BO Canarias 28 mayo, núm. 101; Art. 17.3 Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, BO Comunidad de Madrid 31 julio 2014, núm. 180; Art. 41.4 Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia, DO Galicia 10 febrero, núm. 29.

63 Algunas Comunidades Autónomas así lo prevén: Art. 54 Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo del País Vasco; Art. 5.1. b) “*debiendo la persona propietaria residir en ella*”, Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos de Andalucía.

64 Art. 81.1.b) Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo del País Vasco. En el art. 54 es donde se regula el alojamiento en habitaciones de viviendas particulares para uso turístico. En este artículo exigen que esta actividad se realice en “viviendas particulares”, considerándolas “el lugar de residencia efectiva de la persona titular”, BOE 10 septiembre 2016, núm. 219.

65 Fundamento de Derecho Quinto, STSJ Madrid núm. 303/2016 de 2 junio (RJCA/2016/714).

Art. 2.2 Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos de Andalucía.

III. Restricción territorial. Intervención municipal por razones urbanísticas. Ordenación urbanística: la última palabra

Como se dijo con anterioridad, la batalla del control de las viviendas de uso turístico se está desarrollando en dos frentes distintos: el de la legislación turística y el del urbanismo, o más concretamente, el de la planificación urbanística. Mayoritariamente, las restricciones a las viviendas de uso turístico se encuentran, como se ha visto, en la legislación turística, pero a ello cada vez más a menudo se suman restricciones incluidas en la planificación urbanística que están resultando bastante más potentes⁶⁶. No es raro, como se verá más adelante, que, como destaca REBOLLO PUIG, las normas turísticas y urbanísticas sobre VUT se complementen y haya remisiones de unas a otras.

Es el momento de analizar la intervención municipal por razones urbanísticas resaltando el importante papel que posee la ordenación urbanística. Uno de los pocos aspectos que escapan al ámbito de la Directiva de Servicios es el de la ordenación territorial y el urbanismo. La Directiva señala que la misma, sólo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio y no se aplica, a requisitos tales como normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, entre otras materias. También establece que, en el caso de que se impongan límites cuantitativos o territoriales al acceso a una actividad, deberá justificarse que se ajustan a los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad⁶⁷. Así, la planificación urbanística municipal está resultando muy relevante en el control de las viviendas de uso turístico.

Es sabido que, uno de los principales retos de la agenda turística urbana es, precisamente, la gestión del crecimiento turístico en relación con la capacidad de carga de la ciudad para evitar situaciones de congestión percibida y la banalización de los centros de mayor atractivo turístico. Este reto, tiene profundas implicaciones sobre el propio modelo de ciudad y de convivencia ciudadana⁶⁸. Su crecimiento de forma descontrolada está provocando graves problemas sobre el acceso a la vivienda por el encarecimiento del parque de viviendas para la venta y el alquiler de larga estancia (con el consiguiente impacto sobre la expulsión de residentes de los centros y zonas de mayor atractivo turístico) y efectos sobre la convivencia vecinal en los edificios y barrios donde se extiende. Hablamos entonces de que los destinos sufren un proceso de gentrificación –al intensificarse la mercantilización de la vivienda y encarecerse el precio de la vida se expulsa a los sectores sociales con menor capacidad económica que vivían en esa zona–; urbanización –los destinos ganan en visitas pero los barrios pierden habitantes en favor de visitantes–; y brandificación del paisaje local –desaparición del comercio tradicional produciéndose la tematización de ciertos enclaves con la presencia cada vez mayor de marcas comerciales–⁶⁹. Indudablemente, la utilización del alquiler privado es una opción legítima, familiar y hasta socialmente saludable, pero a veces tiene mucho impacto sobre la ciudad ya que influye de lleno en la calidad y sostenibilidad del destino.

Ciertamente, el ayuntamiento es la Administración que tiene un mayor conocimiento de la realidad urbana de su municipio percibiendo de manera más precisa las necesidades de los ciudadanos. No olvidemos que poseen competencias, entre otras sobre las materias de urbanismo, medio ambiente urbano, abastecimiento de agua potable e infraestructura viaria, etc. Considerando que el incremento de turistas que se alojan en viviendas de uso turístico incide notablemente en la gestión de recursos de titularidad municipal y en la sostenibilidad de las ciudades, son los municipios con mayor presión turística los que están tomando la iniciativa a través de las técnicas de planificación urbanística que se verán más adelante.

66 REBOLLO PUIG, M., "Las restricciones a las viviendas turísticas ante los tribunales", en GONSÁLVIZ PEQUEÑO, H. (Dir.), *Tratado jurídico ibérico e iberoamericano del turismo colaborativo*, Aranzadi, 2021, p 306.

67 Vid. *Considerando noveno* y art. 15.2.a) Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

68 Así quedaba reflejado en el informe "URBANTUR 2016. Monitor de competitividad turística relativa de las ciudades españolas, Exceltur, 2016, pág. 16. Documento web <http://www.exceltur.org/wp-content/uploads/2017/06/URBANTUR2016-240517-documento.pdf>, fecha de último acceso 7 octubre 2021.

69 SÁNCHEZ CHILLÓN, P., [Urbanismo en serie] *Cuando todas las ciudades terminan pareciendo la misma ciudad*, en {Urban 360⁹} *Cities / Politics / Technologies / Gobierno / Urban Innovation [Ciudades]*, Disponible en: <https://urban360.me/2010/11/15/urbanizacion/>, fecha del último acceso: 7 febrero 2022.

No obstante, estas técnicas normativas no se encuentran exentas de polémica. La CNMC considera que carece de justificación económica determinar mediante planeamiento urbanístico dónde puede establecerse una vivienda de uso turístico, o cuál es el número de viviendas turísticas que tiene que haber en un área determinada⁷⁰. A esta polémica no es ajena la doctrina. Así, en igual sentido, ROMÁN MÁRQUEZ, considera que este tipo de planes no responden a la finalidad propia de la planificación urbana sino que contienen importantes implicaciones económicas que trascienden a la materia urbanística siendo la única finalidad de estos planes “regular una determinada actividad económica, por lo que su naturaleza como instrumento urbanístico debe ser puesta en entredicho a los efectos de su exclusión de la Directiva de servicios, por más que su existencia pueda estar justificada para sus redactores en razones como la supuesta incompatibilidad relativa a los usos del suelo entre la actividad de alojamiento turístico y el uso residencial de las viviendas o en la protección del derecho fundamental a una vivienda digna”⁷¹. Por el contrario, SOCÍAS CAMACHO opina que los poderes públicos “están plenamente legitimados para regular y limitar –mediante técnica de zonificación– el alquiler turístico en viviendas en aras a compatibilizar el uso turístico del espacio urbano con el uso residencial, de acuerdo con la función social de la propiedad, la protección del medio ambiente, el principio de desarrollo urbano sostenible, la protección del entorno urbano y los objetivos de política social”⁷².

Esta postura relativa a la importancia de las decisiones de la Administración Local está llegando a algunas normas que regulan el fenómeno de las viviendas de uso turístico. Así, debemos destacar por constituir, por el momento, una de las más modernas regulaciones, el Decreto valenciano 10/2021, de 22 de enero, que lleva a cabo la aprobación del

Reglamento regulador del alojamiento turístico en dicha comunidad autónoma⁷³. Establece, en su art. 20, la obligación de que todos los establecimientos de alojamiento turístico deberán acreditar la compatibilidad del uso turístico de acuerdo con la normativa urbanística y de calidad ambiental.

1. Derecho a la vivienda y derecho a la ciudad

Por todo lo dicho, debemos dejar planteado el surgimiento de un ¿nuevo? concepto, el de derecho a la ciudad, derecho aún en construcción que forma parte de los derechos políticos emergentes y que ya se ha venido incorporando a la legislación urbanística de algunos países como Francia⁷⁴. El derecho a la ciudad es el derecho de todos los habitantes a habitar, utilizar, ocupar, producir, transformar, gobernar y disfrutar ciudades, pueblos y asentamientos urbanos justos, inclusivos, seguros, sostenibles y democráticos, definidos como bienes comunes para una vida digna⁷⁵. Según PAREJO ALFONSO, el derecho a la ciudad “está ligado a las condiciones de vida diaria actual y consiste en esencia en los derechos a disfrutar en plenitud de la vida urbana (en otras palabras, el derecho a habitar gozando de los servicios y beneficios del medio urbano) y a participar en la gestión pública del fenómeno urbano con fundamento, en último término, en la íntima imbricación entre ciudad y ciudadanía”⁷⁶.

En consecuencia, detrás de estos nuevos planteamientos y decisiones sobre nuestras ciudades, se encuentra esta conceptualización subyacente, otra vez actual, del derecho a la ciudad. Así, se viene subrayando, tanto a nivel europeo como nacional, el importante papel de la vivienda como servicio económico de interés general considerando la política de vivienda como un servicio también de interés general.

70 CNMC, *Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España, Informe 2018*, p.36, Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3750422_2.pdf

71 ROMÁN MÁRQUEZ, A., “Planificación urbanística del turismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.10, p. 22.

72 SOCÍAS CAMACHO, J. M., “Estado regulador y alojamiento colaborativo”, en DE LA ENCARNACIÓN, A.M. (dir.) y BOIX PALOP, A. (coord.), *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español*, Thomson Reuter, 2018, p. 199.

73 DO Generalitat Valenciana 8 febrero 2021, núm. 9015.

74 AUBY, J.B., *Droit a la ville*, Lexis Nexis, Paris, 2013.

75 El derecho a la ciudad es un concepto inicialmente elaborado en los años 60 por Lefebvre (1968, *El Derecho a la Ciudad*), quien, a partir del impacto negativo sufrido por las ciudades en países de economía capitalistas, construye su propuesta política para desmercantilizar a las ciudades y reivindicar la idea de que la gente “se volviera dueña”. Lefevre aboga por “rescatar al hombre como elemento principal, protagonista de la ciudad que él mismo ha construido”. El concepto fue retomado por Naciones Unidas, *La Nueva agenda urbana*, 2017, Disponible: <https://onuhabitat.org.mx/index.php/la-nueva-agenda-urbana-en-espanol>, fecha del último acceso: 8 marzo 2022.

76 PAREJO ALFONSO, L., “Urbanismo temporal, derecho a la ciudad y merco estatal de las políticas urbanas”, en *Práctica Urbanística*, núm. 136, 2014, p. 2.

2. De las moratorias al establecimiento de reglas de incompatibilidad de usos (zonificación)

Como afirma rotundamente DE LA ENCARNACIÓN, el impacto que generan las viviendas de uso turístico “ha dado al traste con la planificación turística llevada a cabo por la Administración Pública como requisito indispensable para asegurar la posibilidad de un desarrollo a largo plazo con beneficios para la comunidad receptora, acercando esta nueva forma de turismo al concepto de turismo no sostenible. Estos efectos pueden ser corregidos y evitados gracias a una adecuada planificación llevada a cabo por los responsables de las áreas turísticas”⁷⁷. En este sentido, el establecimiento de moratorias o suspensión del otorgamiento de licencias para establecimientos turísticos y la realización de una zonificación del plan urbanístico parece que se vienen configurando como actuaciones encaminadas a redefinir un nuevo modelo turístico de ciudad de cara a la consecución tanto del ansiado derecho a la ciudad como la sostenibilidad del destino. No cabe duda de que resulta beneficioso el replanteamiento del uso turístico en la sociedad para, a la vez, asegurar un encaje sostenible y asegurar el derecho a la vivienda (disponibilidad de pisos en la ciudad).

Son ya varios los municipios que, ante esta situación, han procedido a la suspensión de la concesión de licencias para establecimientos de alojamiento de uso turístico con el objetivo de poner freno al incremento de plazas turísticas⁷⁸. La moratoria suele estar justificada por el incremento de petición de licencias para establecimientos turísticos, así, resulta fundamental plantearse la capacidad de carga que pueden soportar algunas zonas ya que

el turismo debe ser una actividad económica sostenible dentro del municipio evitando así la saturación y el conflicto con los vecinos que pudieran sufrir molestias derivadas de su proliferación. También se establece como objetivo de las moratorias el freno del precio de los alquileres dejando sitio a los vecinos del municipio. Con las moratorias, el precio de los alquileres debería estabilizarse y dar espacio al mercado convencional para que bajen los precios.

Para la CNMC, el establecimiento de una moratoria no es una solución óptima desde el punto de vista económico, pero, como afirma GARCÍA RUBIO, desde el punto de vista jurídico-administrativo, es una técnica tradicional y obligatoria por seguridad jurídica para evitar conflictos e indemnizaciones innecesarias, ante un inminente cambio de ordenación⁷⁹.

La moratoria se configura pues, como el paso previo a realizar bien una zonificación (Ayuntamiento de Palma) o bien la creación de un Plan Especial de Regulación de Alojamientos turísticos (Ayuntamiento de Barcelona y Madrid). De hecho, durante el tiempo que dure la moratoria, los Ayuntamientos tienen margen para realizar la zonificación que incluye la ley para regular el alquiler vacacional. Es una medida razonable, en un tiempo contenido, dentro de una revisión del Plan General de Ordenación Urbana, que dará respuesta a la situación que viven las ciudades. También durante el periodo de moratoria, se realizan estudios sobre el impacto de esta actividad en el sector turístico para determinar qué cambios deben aplicar a la normativa para que dé respuesta a esta nueva realidad. La capacidad de suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas ha sido ratificada por nuestro Tribunal Supremo y tiene

77 DE LA ENCARNACIÓN, A.M., “EL ALOJAMIENTO COLABORATIVO: VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO”, *REALA, NUEVA ÉPOCA*, NÚM. 5, ENERO-JUNIO 2016, P. 20.

78 El Ayuntamiento de Barcelona fue el primero en declarar una moratoria: Decretada en julio de 2015 y prorrogada en marzo de 2016 por un año más hasta julio de 2017. Posteriormente se decretó otra moratoria que fue acordada el día 13 de octubre de 2016 (por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona) suspendiendo en el Distrito de Ciutat Vella la concesión de nuevas licencias, así como comunicados de actividad y otras autorizaciones para la instalación, apertura o ampliación de varias actividades de concurrencia pública, comerciales y alimentarias. Según se establece en el acuerdo la finalidad de la suspensión es proceder a los estudios previos para la posterior redacción de un Plan Urbanístico de ordenación de las actividades que se suspenden en el referido acuerdo; Asimismo, también fue decretado por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca: Aprobada por el Pleno de Ayuntamiento el 27 de julio de 2017. Publicada en el BOIB, núm. 96, de 5 agosto de 2017. Se aprueba tras haber recibido 63 solicitudes que suponían un total de 2.100 plazas, lo que duplicaría las plazas de la ciudad. Quedan exonerados de esta suspensión los hoteles “boutique” que cumplan una serie de requisitos como tener categoría de 5 estrellas y no contar con más de 20 habitaciones; y otros muchos, entre ellos L’ Hospitalet de Llobregat (aprobado en abril 2017, duración 1 año); Santiago de Compostela (La modificación del Plan Especial del Casco Histórico aprobada el 29 noviembre de 2016 en el Ayuntamiento de Santiago de Compostela establece una moratoria de dos años en la concesión de licencias para nuevos establecimientos hoteleros, alojamientos, viviendas turísticas y actividades de residencial comunitario (excluidas las residencias universitarias). Se prorroga así, pues, la moratoria que ya se estableció en diciembre de 2015); e incluso destinos de nieve como Vielha y Mijaran (LLeida), aprobada por el Ayuntamiento el 14 de septiembre 2017. Con una moratoria de un año, para el estudio del impacto que conlleva sobre el sector turístico y poder llevar a cabo nuevas adecuaciones a la normativa, se suspende la concesión de nuevas licencias para facilitar el alquiler temporal y/o anual para los vecinos y trabajadores temporales, sobre todo en la temporada de invierno, que a fecha de hoy no encuentran alojamientos disponibles en la capital aragonesa.

79 GARCÍA RUBIO, F., “La intervención administrativa sobre las viviendas vacacionales. Especial referencia a las entidades locales”, en *Revista Cuadernos de Derecho Local*, núm. 49, p. 63.

regulaciones similares en derecho comparado⁸⁰, donde se resalta que se encuentran encaminadas a proteger la efectividad de los planes urbanísticos en fase de elaboración, sirviendo de antecedente jurídico de la figura de la suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas.

En este sentido, en julio de 2018, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid aprobó el Plan Especial de Regulación del Uso de Servicios Terciarios en la clase de Hospedaje⁸¹ que determina que los inmuebles del centro que se alquilen durante más de 90 días al año deberán solicitar una licencia de uso terciario, de hospedaje, al entender que en ellas se realiza una actividad comercial. Esta medida obliga también a los alojamientos turísticos que compartan edificio con viviendas de uso residencial a tener un acceso independiente. En el caso de Bilbao, sólo pueden ser viviendas de uso turístico las plantas bajas o primeras de los inmuebles, salvo que tengan acceso independiente a la calle. Concretamente, estos Planes Especiales de Regulación de alojamientos turísticos incluyen otras cuestiones como exigencias de oferta máxima de tres habitaciones por vivienda y limitación a edificios de uso residencial. En el caso de San Sebastián, la normativa limita también las viviendas de uso turístico a las plantas bajas o primeras de los inmuebles salvo que tengan acceso independiente a la calle. Además, prohíbe nuevas viviendas turísticas en algunas zonas del centro de la ciudad.

Ante esta proliferación de actuaciones restrictivas por parte de Ayuntamientos, la CNMC está procediendo a recurrir las normativas urbanísticas aprobadas por distintos ayuntamientos como el de Madrid, Bilbao y San Sebastián⁸² al entender que son contrarias a la competencia y a los principios de regulación económica eficiente⁸³.

En realidad, con tales impugnaciones, lo que se pretende no es negar esta potestad a la Administración Local –que

indubitablemente la posee– sino, determinar de qué forma y medida condicionan la Directiva de Servicios, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio⁸⁴ y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado⁸⁵. En este sentido, la SAN de 10 de diciembre de 2019 reconoce la potestad del Ayuntamiento de Bilbao para suspender el otorgamiento de licencias⁸⁶. Además, declaró que el ejercicio de esta potestad debe respetar los principios de necesidad y proporcionalidad consagrados en los arts. 5 y 17 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. En este sentido, consideró que concurrían razones imperiosas de interés general, en especial, la protección del entorno urbano, pero entendió que no respetaba la proporcionalidad. Esta Sentencia, por lo tanto, procede a declarar la nulidad de los acuerdos impugnados porque “no se había acreditado ni justificado la razón que implicaba acordar un importante límite del ejercicio de la actividad económica” criticando que el ayuntamiento “no ha indicado por qué no era posible establecer una limitación menos agresiva”.

En definitiva, esta técnica de intervención administrativa debe por tanto ajustarse, sobre todo, al principio de la proporcionalidad, debería tenerse en cuenta la posibilidad de limitar el carácter absoluto de tal restricción generalista, atendiendo a circunstancias que pudieran tener un impacto bastante menos restrictivo sobre los operadores económicos, como su duración, una limitación más ajustada del ámbito territorial de aplicación, las distintas tipologías de los establecimientos, o la posibilidad de efectuar nuevas aperturas en sustitución de los posibles cierres que pudieran tener lugar durante la suspensión.

Así, los problemas de convivencia vecinal provocados por la proliferación sin control de este tipo de alojamientos están provocando que ayuntamientos de distintas ciudades hayan optado, como acabamos de ver, por no

80 En el Derecho Francés, “*sursis à statuer*” y en Derecho italiano “*misura di salvaguardia*”. Vid. FERNANDO PABLO, M., *Suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas*, Montecorvo, Madrid, 1987.

81 Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de 26 de julio de 2018, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 196, de 17 agosto de 2018, pág. 63.

82 Madrid: Acuerdo de 23 de enero de 2018 de la Comisión de Seguimiento del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid y el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 1 de febrero de 2018, de la Ciudad de Madrid.

Bilbao: Modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao.

San Sebastián: Ordenanza municipal reguladora del uso de vivienda turística y del alquiler de habitaciones en vivienda habitual para el uso turístico, aprobada el 1 de marzo de 2018 por el Pleno del Ayuntamiento de San Sebastián.

83 Nota de prensa CNMC de 7 agosto 2018 “*La CNMC recurre la normativa urbanística municipal de viviendas turísticas de Madrid, Bilbao y San Sebastián*” www.cnmc.es, fecha último acceso 16 agosto 2021.

84 BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2009.

85 BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

86 SAN 4690/2019, de 10 octubre 2019 (ECLI:ES:AN:2019:4690).

otorgar licencias, justificándose, como el Ayuntamiento de Valencia, en la inexistencia de comunicación ambiental oportuna intentando aplicar a dichas viviendas turísticas la Ley de Prevención de la Contaminación y Calidad Ambiental⁸⁷. Pues bien, ante esta aplicación, fruto de una interpretación forzada de dicha ley, los tribunales han dictaminado que esto no es posible porque “no se entiende en qué medida la cesión de uso remunerada, y de forma habitual, de viviendas puede afectar al medio ambiente en mayor medida que un contrato civil de arrendamiento de vivienda sujeta a la Ley de arrendamientos Urbanos”⁸⁸.

A) Zonificación. Limitaciones ¿Son contrarias a la Directiva de Servicios?

La zonificación constituye una de las principales técnicas utilizadas para limitar la expansión de las viviendas de uso turístico. La zonificación del alquiler turístico se refiere concretamente a la prohibición expresa y frontal de la vivienda vacacional en determinadas áreas del municipio y a su permisividad en otras, todo ello de acuerdo con las previsiones de los instrumentos de planeamiento⁸⁹.

La Ley del Suelo establece la necesidad de compatibilidad de usos. Así, su art. 3.2.d) establece que “integrarán en el tejido urbano cuantos usos resulten compatibles con la función residencial, para contribuir al equilibrio de las ciudades y de los núcleos residenciales, favoreciendo la diversidad de usos, la aproximación de los servicios, las dotaciones y los equipamientos a la comunidad residente, así como la cohesión y la integración social”. Por ello, los poderes públicos con competencia urbanística deben/pueden regular mediante zonificación estos distintos usos. Nos referimos a la denominada “planificación previa”, a la posibilidad de que Ayuntamientos decidan sobre dónde pueden situarse este tipo de alojamientos.

Esta zonificación, ¿sería contraria a la Directiva 2006/123 de Servicios? En principio no, ya que, como se ha comentado con anterioridad, ésta no se aplica al urbanismo⁹⁰. Pese a esta circunstancia, resulta, sin embargo, cuan-

to menos curioso, que la propia Directiva enuncie entre las “razones imperiosas de interés general” que habilitan ciertos regímenes autorizatorios –y, por ende, restricciones–, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural (considerandos 40 y 56). La Sentencia Tribunal Supremo STS 4694/2016 de 19 de octubre de 2016 constituye un interesante ejemplo de consideración de la protección del medio ambiente y del entorno urbano como razón imperiosa de interés general que justifica la incorporación de limitaciones de uso en un instrumento de planeamiento (concretamente, un plan especial). Tanto la Directiva de servicios en el mercado interior como, a nivel interno, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, permiten excepcionar algunas de sus previsiones si están justificadas por la concurrencia de una razón imperiosa de interés general. En la Sentencia, el Tribunal Supremo, señala que, si bien la Directiva de servicios proclama que no se aplica respecto de las normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, la propia Directiva enuncia entre las razones imperiosas de interés general que habilitan ciertas restricciones, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural. Para el Tribunal Supremo, “las únicas normas urbanísticas que justificarían restricciones a la libertad de establecimiento de servicios serían exclusivamente las referidas a la protección, del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural” y también “las referidas a la protección del medio ambiente”. Entrando a analizar, si en el caso concreto de los alojamientos turísticos concurren o no razones imperiosas de interés general que justifiquen las restricciones previstas en el Plan especial –en concreto, la previsión de incompatibilidad de cualquier uso recreativo en todas sus modalidades dentro de su ámbito–, considera que, incluso en el caso de que se estimara, en una interpretación extensiva, que nos hallamos ante un supuesto regulado por la Directiva de servicios, las prescripciones contenidas en el Plan están justificadas por la presencia de razones imperiosas de interés general (objetivos de salud pública, protección de los consumidores y protección del entorno urbano) que, al tiempo, protegen los legítimos intereses

87 Ley 6/2014, de 25 de julio, DOGV 31 julio 2014, núm. 7329. Conforme a esta Ley necesitarían licencia ambiental los “hoteles, establecimientos de alojamiento turístico rural, bloques y conjuntos de apartamentos turísticos, campamentos de turismo, establecimientos de restauración y establecimientos de turismo, cuya altura de evacuación sea superior a 28 metros o la superficie total construida sea mayor de 1.500 m², salvo que se incluyan en normativa específica”, Anexo 2, punto 13.2.7.

88 Así lo establece el Fundamento Jurídico 1^o, Sentencia núm. /2016 de 27 abril del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 6 de Valencia (JUR/2016/102384).

89 BAUZÁ MARTORELL, F. J., “Planeamiento urbanístico y turismo. A propósito de la zonificación del alquiler turístico”, en *Práctica Urbanística*, núm.152.

90 La Directiva 2006/123 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior proclama que no se aplica respecto de las normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural (considerando 9).

de los vecinos de la zona⁹¹. También el art.3.3.j) de la Ley del Suelo se refiere a la necesidad de que los poderes públicos valoren, en su caso, la perspectiva turística, y permitan y mejoren el uso turístico responsable⁹².

Debemos también referirnos a la STSJ del País Vasco, de 29 de enero de 2018 que analiza la legalidad de la modificación del Plan Especial de Rehabilitación del Casco Viejo de Bilbao con ocasión de la impugnación por parte de la CNMC de la modificación del PGOU de Bilbao⁹³. Para el tribunal, el derecho a la vivienda, la protección del entorno urbano y preservar la convivencia, son razones imperiosas de interés general que justifican la zonificación, con el fin de permitir una correcta ordenación de los usos residenciales y turísticos de la ciudad. El Tribunal fundamenta su argumento en la doctrina establecida por el TJUE en la Sentencia de 30 de enero de 2018 donde se establece que los instrumentos de planificación, en aplicación del art. 15 de la Directiva de Servicios, sí pueden establecer requisitos territoriales que impliquen limitar el acceso a la comercialización fundamentando, las autoridades, tales restricciones territoriales en que se respetan los principios de no discriminación, de necesidad por razones imperiosas de interés general de proporcionalidad. Como bien afirma SOCIAS CAMACHO, dicho de otra manera, “se establece que el planificador puede fijar límites territoriales que supeditan el acceso a una actividad de servicios, siempre que se justifiquen dichos límites en base al triple test referido, con la finalidad última de conseguir la habitabilidad de la ciudad”.

En este sentido, resulta muy difícil que una prohibición absoluta de alquilar viviendas de uso turístico en un determinado sector (de uso residencial) resulte proporcionada (y ajustada por tanto a la Directiva Europea y su ley de transposición a nuestro Ordenamiento). No nos parece que el mero hecho de que en una determinada zona pernocten turistas, si lo hacen en edificios aislados o separados, donde no hay residentes permanentes, constituya una fuente de molestias de una entidad tal como para justificar semejante prohibición, como afirma DOMÉNECH PASCUAL, máxime si en esa zona se permiten actividades, como las de restauración, que son normalmente más molestas⁹⁴. Así mismo, como se está viendo, las determinaciones contenidas en estos instrumentos urbanísticos suponen una evidente

restricción para potenciales inversiones del sector turístico en los distintos municipios. Por ello, los empresarios que deseen apostar por estos destinos deberán tener en cuenta la ubicación exacta donde pretenden instalar su negocio y comprobar detalladamente si existen o no restricciones para la implantación de un nuevo establecimiento turístico.

Por lo tanto, nada impide, atendiendo a la Directiva de servicios, a que los instrumentos de planificación puedan imponer requisitos territoriales que restrinjan el acceso o ejercicio de una actividad económica, siempre que estén fundamentados en una razón de interés general y se respeten los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

B) Reglas de incompatibilidad horizontal y vertical. Revisión jurisprudencial

A continuación, analizamos las reglas o limitaciones impuestas por los Decretos de regulación de las viviendas de uso turístico. Advertiremos que algunas de ellas remiten al plan urbano correspondiente.

Viene siendo habitual que las normas que regulan este tipo de alojamientos establezcan dos tipos de reglas: de incompatibilidad de usos (en determinadas zonas); y de incompatibilidad vertical (en edificios o comunidades de propietarios). Estas medidas, como afirma GARCÍA RUBIO, protegen a los operadores turísticos ya establecidos de la presión competitiva que genera la mayor oferta y variedad de viviendas turísticas, y crea barreras geográficas dentro del mercado local y regional. No olvidemos que la localización geográfica es una variable fundamental en el mercado de alojamiento turístico ya que los operadores tienden a centrarse en concretas zonas, más atractivas para la demanda por sus servicios y centros de ocio, o por estar cerca de centros culturales-históricos, o por una combinación de estos⁹⁵.

Veamos ahora las reglas, impugnadas ante los Tribunales y si éstos están decidiendo en base a criterios de proporcionalidad y mínima intervención.

En el sentido apuntado, el Decreto Gallego establece que los Ayuntamientos podrán establecer limitaciones

91 STS 4694/2016 de 19 de octubre de 2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, Ponente: César Tolosa Tribiño (ECLI: ES:TS:2016:4694).

92 Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, BOE 31 octubre 2015, núm. 261.

93 STSJ País Vasco 43/2018, de 29 enero (RJCA 2018/13).

94 DOMÉNECH PASCUAL, G., *La regulación...* *Ibidem*, p. 17.

95 GARCÍA RUBIO, F., “La intervención...”, *ob. cit.*, p. 64.

en lo que respecta al número máximo de viviendas de uso turístico por edificio o por sector. Así mismo, afirma que el destino como vivienda de uso turístico no es posible si está prohibido por la ordenación de usos del sector donde se encuentre. El TSJ de Galicia, y posteriormente el TS, han declarado la validez de que los Ayuntamientos puedan prohibir absolutamente dicho uso en determinados sectores. Afirma la sentencia que “el interés general demanda que el destino turístico de los pisos no perjudique el interés que la ordenación sectorial de los usos comporta”. También ha declarado la validez de que los Ayuntamientos establezcan un número máximo de viviendas de uso turístico por edificio o sector dando por buena la justificación de la Junta de Galicia: es necesario limitar las molestias causadas a los residentes, “el interés general ha de prevalecer sobre la libertad de empresa”⁹⁶,

En la Comunidad Autónoma de Asturias se establece como obligación de la empresa explotadora de la vivienda (que será la responsable de su cumplimiento), la acreditación de que el destino de la vivienda vacacional, o de uso turístico, no esté prohibido por la ordenación urbanística de la zona donde se encuentre⁹⁷. Aragón exige, como mínimo, una Declaración Responsable acerca de la compatibilidad del uso con el planeamiento urbanístico del municipio⁹⁸. También en Cataluña se establece la necesidad de tener en cuenta que el destino de una vivienda al uso turístico no es posible si está prohibido por la ordenación de usos del sector donde se

encuentre, además, los Ayuntamientos, deben solicitar la emisión de un informe de planeamiento urbanístico, con carácter preceptivo, en el supuesto de formulación y tramitación de instrumentos de planeamiento urbanístico que prevean la nueva implantación o ampliación en establecimientos de alojamiento turístico⁹⁹.

En Barcelona, vienen siendo ya multitud de sentencias recaídas respecto, en primer lugar, al Plan Especial urbanístico para la regulación de las VUT donde, en general, estas sentencias de instancia aceptan las limitaciones del plan especial que, entienden, no vulneran la Directiva 2006/123/CE relativa a los Servicios en el Mercado Interior¹⁰⁰ ni la Ley 17/2009 sobre Libre Acceso a las actividades de servicios y su ejercicio¹⁰¹ fundamentalmente porque, en parte, estas normas no son aplicables al urbanismo y en parte, porque el plan persigue proporcionalmente objetivos de los incluidos entre las razones imperiosas de interés general¹⁰². En segundo lugar, una posterior tanda de sentencias resuelve recursos contra el denominado Plan Especial Urbanístico de alojamiento turístico (PEUAT)¹⁰³. Las mismas, han sido calificadas como desconcertantes. Un resumen podía ser que la S 912/2019, de 15 de octubre anuló el plan en su totalidad, pero, por un motivo ajeno a lo que nos interesa, por falta de evaluación económico-financiera y del informe de sostenibilidad económica¹⁰⁴. El resto de las sentencias no hacen otra cosa que volver a declarar nulo el plan en su totalidad y, a veces, algún otro precepto de lo que es nulo en su totalidad, generando un verdadero caos¹⁰⁵.

96 Art. 5.6 y art. 41.5 Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia, DO Galicia 10 febrero, núm. 29. Vid. STSJ de Galicia 555/2017, de 15 noviembre de 2017 (JUR 2017/295313).

97 Art. 27.b) Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico de Asturias, BO Principado de Asturias 17 agosto, núm. 191.

98 “o, en su caso, la disposición de las autorizaciones municipales que fueren necesarias para el ejercicio de la actividad en el inmueble de que se trata”, art. 14.2.e) Decreto 80/2015, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico de Aragón, BO Aragón, 14 mayo, núm. 90.

99 Decreto 75/2020 de 4 de agosto, de Turismo de Cataluña, DO Genralitat de Catalunya de 6 agosto de 2020, núm. 8195.

100 Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios en el Mercado Interior.

101 BOE núm. 283, de 24 noviembre 2009.

102 SSTSJ de Cataluña 302/2019, de 4 de abril (RJCA 2019/1117) y 719/2019, de 15 de julio (RJCA 2019/866). STS 75/2021, de 26 de enero (RJ 2021/145).

103 Aprobado en el Plenario del Consejo Municipal el 27 de enero de 2017, BOPB 6 marzo de 2017. El objetivo de este Plan fue el obtener una radiografía fija del parque de alojamientos turísticos en la ciudad que permitiera evaluar y diagnosticar la oferta existente y el impacto social que tiene sobre el acceso a la vivienda, ocupación del espacio público, movilidad, diversidad de usos y producción y gestión de residuos. Este Plan especial conforma el marco normativo en torno al cual se regulan los criterios urbanísticos y de gestión de los alojamientos turísticos de la ciudad de Barcelona. Así, se establece un marco normativo que protege al turismo, tanto desde la vertiente del visitante como del ciudadano: se hace compatible con el día a día del ciudadano e impide que se generen problemas de convivencia, alteración del tejido social y económico de barrios enteros y la banalización o saturación del paisaje urbano. En este plan se establece que no se otorgará ninguna nueva licencia de piso turístico hasta que no haya baja de alguna ya existente. En el caso de que se produzca algún cierre, solo se darán nuevas licencias en los barrios periféricos.

104 STSJ Cataluña 912/2019, de 15 octubre (RJCA 2020/188).

105 SS TSJ de Cataluña 1022/2019, de 18 de noviembre (JUR 2020/169336); 1094/2019, de 9 de diciembre (RJCA 2020/1567); y 1134/2019, de 17 de diciembre (RJCA 2020/1469).

En definitiva, como afirma REBOLLO PUIG, las sentencias dictadas en relación con todos estos planes de Barcelona abonan que la potestad de planificación urbanística permite restringir drásticamente el uso turístico de las viviendas de uso turístico¹⁰⁶.

Las impugnaciones de los Decretos de regulación de este tipo de alojamientos por parte de las Asociaciones de Empresarios (o por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), vienen siendo constantes. Esta Comisión considera que los Ayuntamientos no pueden limitar el número de viviendas que se destinan a este fin porque sería contrario a la competencia y a los principios de regulación económica eficiente. Así, se están interponiendo recursos contencioso-administrativos contra Decretos que establecen que los Ayuntamientos podrán establecer limitaciones en lo que respecta al número máximo de viviendas de uso turístico por edificio o por sector. En este sentido, destacamos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia Canario de 2017 que establece una posición definida ante este tipo de limitaciones¹⁰⁷. El Decreto Canario 113/2015 regula este nuevo servicio de alojamiento turístico que se presta dentro de unidades alojativas emplazadas en edificaciones destinadas en su origen a usos residenciales (viviendas) excluyendo del ámbito del reglamento las "edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentren dentro de las zonas turísticas o de las urbanizaciones turísticas, así como las viviendas ubicadas en urbanizaciones turísticas o en urbanizaciones mixtas residenciales turísticas"¹⁰⁸. Su exclusión del ámbito de aplicación del reglamento equivale a su prohibición. El Tribunal aduce que "lo que se pretende es que no se ofrezcan servicios alojativos con fines turísticos sobre viviendas que se encuentren en zonas turísticas o suelos de uso mixto". La Administración demandada justificaba esta exclusión apelando a que en suelo turístico no pueden existir viviendas vacacionales. Con relación a esta problemática, el Tribunal sostiene que las zonas turísticas se establecen sobre territorios en los que previamente pueden haberse implantado usos residenciales.

El Tribunal entendió que excluir la oferta de viviendas vacacionales de las zonas turísticas o de aquellas de uso mixto, precisamente donde se localizan predominantemente los usos turísticos, carece de cobertura legal en la Ley de Turismo de Canarias. Sostiene que el reglamento infringe claramente la libertad de empresa (art. 38 CE) y la libertad de prestación de servicios (Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre) limitando la oferta turística sin justificación suficiente. No tiene sentido alguno que la oferta de viviendas vacacionales se trate de excluir de aquellos ámbitos donde debe localizarse preferentemente la actividad turística. La única explicación posible a esta cortapisa es que con ello se trate de favorecer la oferta de productos alojativos turísticos tradicionales implantados mayoritariamente en estas zonas turísticas, vulnerando con ello la libre competencia en la prestación de servicios. El Tribunal procede, por estas razones, a anular este apartado del Decreto canario. El TSJ de Canarias, por tanto, ha declarado ilegal una prohibición que carecía manifiestamente de justificación: la de destinar a un uso turístico viviendas localizadas en zonas turísticas o suelos de uso turístico-residencial. El Tribunal Supremo, por Sentencia del 15 enero de 2019 ha confirmado la misma¹⁰⁹.

La Comunidad Balear, a través de la Ley 6/2017 de modificación de la Ley de Turismo de las Islas Baleares relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas¹¹⁰ establece una limitación o techo máximo de plazas turísticas determinadas por la capacidad de acogida en cada isla según criterios medioambientales, poblacionales y de ordenación del territorio¹¹¹. Este techo podrá ser modificado por los planes territoriales insulares y, en su caso, por los planes de intervención en ámbitos turísticos. Se hace por ello imprescindible el control de esta actividad desde los puntos de vista urbanístico, territorial y medioambiental prestándose especial atención a las repercusiones que puede suponer sobre la configuración de los barrios o las zonas donde se concentre. Este control pasa por la delimitación de zonas aptas para poder realizarse la comercialización turística, zonificación, que deben llevar a cabo los Consejos Insulares.

106 Pero dejando aspectos discutibles, como su aceptación de que los ya establecidos puedan seguir indefinidamente ejerciendo la actividad y que se impida a cualquier otro iniciarla. Así, REBOLLO PUIG M., "Las restricciones a las viviendas...", *ob. cit.*, pp. 345-349.

107 STSJ de Canarias 41/2017 de 21 de marzo (RJCA/2017/645).

108 Art. 3.2 Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprobaba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias (artículo derogado).

109 STS 26/2019, de 15 enero (RJ 2019/276).

110 BOIB 31 julio 2017, núm. 93.

111 Esta limitación o techo máximo de plazas turísticas no es nueva en Islas Baleares. *Vid. Decreto 9/1998, de 23 de enero de medidas transitorias relativas al procedimiento de expedición de autorizaciones previas y de apertura de construcciones, obras e instalaciones de empresas y actividades turísticas; Ley 2/1999 y Ley 8/2012, estas normas supeditaban la apertura de nuevos establecimientos de alojamiento turístico o la ampliación de los existentes a la aportación de plazas turísticas de establecimientos que se den de baja definitiva o adquiridas a los órganos gestores de plazas. Ley 8/2012, de 19 julio, BOE 8 agosto 2012, núm. 189.*



Se establece también, por razones urbanísticas, un límite adicional de temporalidad para el ejercicio de esta actividad (5 años desde la presentación de la declaración responsable) en viviendas residenciales sometidas al régimen de propiedad horizontal¹¹². Este permiso sería renovable mediante la presentación de una comunicación previa, siempre que sigan cumpliendo todos los requisitos legales en el momento de la renovación, por ejemplo, que la zona donde se ubiquen siguiera siendo una zona apta para la comercialización de estancias turísticas. Así, criterios urbanísticos o territoriales serán los que harán posible que la concesión o no de licencias se adapte a las necesidades urbanísticas que puedan ir surgiendo. Estas viviendas están, por lo tanto, siempre supeditadas a los instrumentos anteriormente referidos, sin que la no posibilidad de renovación pueda generar derechos, incluido el derecho a indemnizaciones.

Como sostiene DOMÉNECH PASCUAL, más cuestionable resulta la prohibición de que se inicien nuevas actividades de comercialización turística en viviendas residenciales situadas en suelo rústico protegido¹¹³ porque "cuesta creer que el mero hecho de que una vivienda residencial situada

en este tipo de suelo sea ocupada por un turista supone un incremento del riesgo ambiental de una magnitud suficiente como para prohibir absolutamente este uso". También es cuestionable la prohibición de que las viviendas residenciales únicamente se puedan destinar a uso turístico si cuentan con una antigüedad mínima que se determine reglamentariamente, que, en defecto de reglamentación, será de cinco años o la limitación a tres del número de viviendas que pueden ser explotadas por un mismo propietario¹¹⁴.

Estamos en una fase inicial de esta regulación restrictiva que, sin duda, tendrán que decidir los Tribunales de Justicia sobre la base de la proporcionalidad y mínima intervención. Lo cierto es que la doctrina está empezando a resaltar el hecho de que algunas de las medidas establecidas por las autoridades reguladoras competentes (anteriormente referidas) pueden ser injustificadas e inaceptables desde el punto de vista de la libertad de mercado¹¹⁵. Estamos, así, ante una serie de limitaciones sobre una concreta actividad económica cuya legalidad tiene que ser cuidadosamente vigilada teniendo en cuenta la legislación europea sobre libre prestación de servicios.

112 Art. 50.3 Ley Balear 8/2012 (redactado de acuerdo con la Ley 6/2017). BO. Illes Balears 31 julio 2017, núm. 93.

113 Art. 50.18 Ley Balear *ibidem*.

114 Art. 50.17 y Disposición Adicional Octava Ley Balear.

115 GROIZARD, J. L. Y NILSON, W., *Mito y realidad del alquiler vacacional en las Islas Baleares. Análisis y recomendaciones de políticas turística*, Documento Web

http://dea.uib.es/digitalAssets/430/430024_w84.pdf, fecha del último acceso 5 julio 2021.



2.

Ejercicio práctico de la actividad de control en el nuevo entorno digital caracterizado por la existencia de plataformas colaborativas en el alojamiento.

Problemas en el cumplimiento de la normativa.

I. Smart City, Destinos Turísticos Inteligentes y Big data: el nuevo entorno/ecosistema en donde tiene lugar el ejercicio de la potestad inspectora

Resulta evidente el papel capital que en la actualidad debe jugar la Administración Inspectora. A la vista del estado evolutivo actual de las legislaciones autonómicas sobre vivienda de uso turístico y de las repetidas impugnaciones a las restricciones a la competencia impuestas en las mismas, que han sido tumbadas por los tribunales, lo apropiado no es una regulación ex ante que restrinja el acceso al mercado del alojamiento sino la potenciación de los servicios de inspección ex post como medio más potente para evitar eventuales irregularidades.

No obstante, nuestra realidad no es la misma que la de hace unas décadas. En el ámbito del turismo, el nacimiento de nuevas formas de comercializar y contratar servicios ha cambiado de forma exponencial. Como se ha visto anteriormente y señala MELGOSA ARCOS, el surgimiento de plataformas como Airbnb, Homeaway o Windu han provocado la potenciación de la oferta alojativa de forma masiva contribuyendo a la creación de problemas de sostenibilidad en algunos destinos y el encarecimiento y reducción de la oferta de arrendamientos urbanos¹¹⁶.

Consecuencia de lo anterior, es que el entorno donde la Administración ha de realizar sus tareas de control ha cambiado mucho en los últimos años. Nos referimos a la

denominada ciudad inteligente –Smart city–, que no es otra cosa que la aplicación de medios técnicos a la gestión de servicios públicos locales con el objeto de lograr una mayor eficiencia en la utilización de medios, espacios e infraestructuras de titularidad municipal¹¹⁷, todo ello basado en el análisis de macro-datos suministrados a través de técnicas de Big-data. Como destaca CANTÓ LÓPEZ, “es una ciudad que busca abordar problemas públicos a través de las TIC que aportan soluciones sobre la base de agentes de base municipal”¹¹⁸. La base municipal resulta fundamental ya que las características que se predicen del calificativo Smart se encuentran relacionadas con la economía, movilidad, medioambiente, habitantes, formas de vida y administración¹¹⁹, todas ellas estrechamente vinculadas con el mundo local. En el sector turístico, esta revolución de los datos está siendo particularmente intensa e importante y como bien señala MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “en el caso de las ciudades turísticas, la búsqueda, implantación, desarrollo y gestión mediante modelos Smart es una necesidad imperiosa e irrenunciable”¹²⁰. Así, la digitalización de los procesos de gestión y de los servicios públicos se constituye en punto cardinal. Como afirma la Comunicación de la Comisión titulada Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital¹²¹, la transformación digital debe posibilitar una mayor eficacia de la acción pública incluyendo las capacidades policiales y de investigación. Se resalta así, el importante papel que está llamada a jugar la actividad de limitación o control de las Administraciones públicas.

Como se ha puesto de relieve, uno de los pilares de las ciudades inteligentes es la producción de información: su desarrollo pasa por obtener cada vez datos más precisos con los que mejorar el rendimiento de las instituciones y desarrollar actuaciones más ajustadas a las necesidades de los ciudadanos¹²². En definitiva, las ciudades inteligentes se están constituyendo como vectores clave y campos de experimentación que permiten posteriormente mejorar la gobernanza regional y estatal. En el ámbito de las vi-

116 MELGOSA ARCOS, J., “Los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la comunidad autónoma de Castilla y León”, en GONSÁLVEZ PEQUEÑO, H., *Tratado jurídico ibérico e iberoamericano del turismo colaborativo*, Aranzadi, 2021, p. 417.

117 BAUZÁ MARTORELL, F. J., “Big data y open data en la administración turística: acceso y reutilización de información”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 108, 2017, p. 33.

118 CANTÓ LÓPEZ, T., “Las formas directas de participación pública en la implantación de las actuaciones de Smart City: una laguna en las normas aplicables a la ciudad inteligente”, en CANTÓ LÓPEZ, T., IVARS BAIDAL, J. A. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Gestión inteligente y sostenible de las ciudades. Gobernanza, Smart cities y turismo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018*, p. 59.

119 GIFFINGER, R., *Smart Cities –Ranking of European medium-sized cities*, Centre of Regional Science Vienna University of Technology, 2007, p. 14.

120 MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Gestión inteligente y sostenible de las ciudades: gobernanza, Smart cities y turismo”, en CANTÓ LÓPEZ, T., IVARS BAIDAL, J. A. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Gestión inteligente y sostenible de las ciudades. Gobernanza, Smart cities y turismo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018*, p. 30.

121 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital*, Bruselas, 9.3.2021 COM(2021) 118 final.

122 VELASCO RICO, C., “La ciudad inteligente: entre la transparencia y el control”, en *Revista General de Derecho Administrativo IUSTEL*, núm. 50, 2019.

viendas de uso turístico, han aparecido webs que ayudan a entender de forma más clara la naturaleza de los alquileres de un distrito o vecindad (a través de estadísticas), con el fin de maximizar el potencial de explotación de sus alojamientos. Para ello, se utiliza libremente la tecnología disponible de una manera abierta con el fin de obtener información en tiempo real sobre ocupación y precios¹²³. Pero estos datos son generales y de poca ayuda para las Administraciones.

En este entorno, el uso de las nuevas tecnologías por las Administraciones públicas en el ejercicio de inspección turística resulta cada vez más frecuente. Determinadas ciudades europeas (Barcelona y Berlín), están siendo pioneras en el rastreo *on line* con el objetivo de optimizar la gestión de los alojamientos turísticos del destino mediante tecnologías Big data y Analytics. De esta forma, en colaboración con empresas especializadas en la tecnología del web scraping se vienen monitorizando las plataformas digitales de VUT con el fin de detectar la oferta de viviendas turísticas comercializadas en el destino. Así, la Administración hace acopio de la información que obra en las páginas web de las plataformas colaborativas, incluyendo tales investigaciones dentro de sus planes de inspección haciendo aflorar de esta manera actividades opacas o sumergidas. Como se analizará en los capítulos 3 y 4, los sistemas o programas informáticos de web scraping realizan de forma automática consultas, en tiempo real, a través de las APIs de plataformas. Esta información extraída y recopilada se integra en un mismo directorio para, posteriormente, realizar una comparación entre los resultados obtenidos en un momento concreto, con el histórico de datos almacenados en una base de datos. Por último, se actualiza la información para su análisis y obtención de resultados. El empleo de estas técnicas supone una alterna-

tiva muy innovadora para dimensionar el fenómeno de las VUT a la vez que resulta, sobre todo, muy útil para ejercer el control público sobre la actividad privada. Tanto es así que, la experiencia de Barcelona y Berlín es compartida como una buena práctica a imitar por los destinos turísticos de la Red de Destinos Inteligentes¹²⁴.

El hecho de que la Administración desarrolle su potestad inspectora utilizando estas nuevas herramientas TIC basadas en la web scraping, ciertamente, comporta que la Administración obtenga información relevante para la toma de decisiones sobre el sector en distritos turísticos inteligentes, pudiendo así tomar decisiones más acertadas teniendo en cuenta la verdadera amplitud del fenómeno de las VUT en esa concreta zona o distrito inteligente (intentando así evitar todos los problemas sociales y en el entorno que las VUT generan). Así, si la Administración posee una información veraz sobre el número de alojamientos existentes en cada sector (distrito inteligente), puede tomar decisiones adecuadas sobre el diseño urbano con una visión mucho más amplia y detallada. Los datos obtenidos del rastreo de las plataformas sería conveniente incluirlo en la plataforma que la Administración Local (DTI) posee para gestionar el destino inteligente. DEL RIVERO sostiene que el rol de la Administración se concreta en construir y gestionar la plataforma de relaciones en que se conectan personas y contenidos o servicios, de acuerdo con los postulados de transparencia y buen gobierno, garantizando la sostenibilidad, la innovación y el uso de datos abiertos¹²⁵.

No obstante, hoy día parece necesario que se reflexione sobre el impacto de las Smart Cities en el ejercicio de las potestades administrativas por los órganos que las tengan atribuidas.

123 Por ejemplo, en Airbnb: InsideAirbnb.com, Airdna.co y The Airbnb Analyst.

124 SEGITTUR y RED de Destinos Turísticos Inteligentes, *Guía de buenas prácticas en digitalización para Destinos Turísticos Inteligentes: 50 buenas prácticas digitales para una nueva generación de destinos*, Noviembre 2021, Disponible en: https://www.segittur.es/wp-content/uploads/2021/11/Guia-50bbpp-digitalizacion-para-destinos-DTI_Segittur.pdf, fecha del último acceso: 3 diciembre 2021.

125 DEL RIVERO, M., *Smart cities. Una visión para el ciudadano*, LID, Madrid, 2017, p. 20.

II. Colaboración interadministrativa y público-privada. Interoperabilidad

Para optimizar las tareas de inspección resulta básico el fomento del deber de colaboración interadministrativa. Esta necesidad tiene su origen en la obligación genérica de coordinación de las diferentes Administraciones que deben servir con objetividad los intereses generales¹²⁶.

Los principios aplicados al servicio de inspección turística son abordados de forma muy dispar en las diferentes legislaciones, lo que pone de manifiesto la falta de una respuesta conjunta a lo que constituye un problema importantísimo en materia turística: la falta real de coordinación ante la deficiente articulación de la obligación administrativa de coordinar y correlativo derecho de la empresa turística a la exigencia de garantías para que dicha coordinación sea efectiva. Prácticamente, todas las leyes generales turísticas autonómicas regulan las relaciones interadministrativas y la coordinación interdepartamental a los solos efectos de evitar contra-fomentos con el objetivo de intentar el logro de una mayor eficacia en las directrices y políticas turísticas¹²⁷.

Con respecto a las VUT, alguno de los decretos que las regulan destacan el imprescindible papel de la inspección turística con el objetivo de optimizar las tareas de inspección y controlar la actividad de estas, resaltando no sólo el deber de cooperación interadministrativa sino también, la necesidad de habilitación de mecanismos de denuncia de la oferta ilegal, así como la necesidad de poner a disposición de los servicios de inspección

los recursos suficientes para llevar a cabo su labor. En cualquier caso, la colaboración de la Administración Autonómica con las Administraciones Locales, en este ámbito de las VUT, se configura como fundamental. Como ya se analizó en el capítulo 1, en Cataluña, el ejercicio de control expost de los requisitos turísticos es compartido entre los entes locales y la Administración Turística de la Generalidad Catalana en el marco de la colaboración y coordinación interadministrativa exigida por la ley, ejerciendo así su competencia en la verificación del cumplimiento de los requisitos turísticos de los alojamientos. La interoperabilidad entre Administraciones se configura como totalmente relevante¹²⁸ y debe enfocarse a la apertura y la gestión de la información, la portabilidad de los datos, la gobernanza de la interoperabilidad y la prestación de servicios integrados. Aunque no es objeto de nuestro trabajo la profundización en la interoperabilidad, nos remitimos a lo establecido en el nuevo Marco Europeo de Interoperabilidad¹²⁹.

Por otro lado, en este ecosistema donde se tienen que desarrollar las actividades de inspección resulta fundamental, dentro de la gestión pública local, el refuerzo de la colaboración público-privada. Se debe poner en práctica el fomento de nuevas interacciones entre los distintos sujetos que operan en el mercado, no olvidemos que, en el ámbito del turismo, y más concretamente, de las viviendas de uso turístico, han aparecido en el mercado nuevos sujetos: las plataformas colaborativas. Pues bien, cada uno de ellos debe tener claro cuáles son sus responsabilidades. En el caso que nos ocupa, como se verá más adelante, están siendo los Tribunales de Justicia los que están clarificando todas estas cuestiones, siendo el Tribunal Supremo el que ha ocupado en delimitar y clarificar.

Lo cierto es que las Administraciones Turísticas (y concretamente sus servicios de inspección), se están viendo desbordados ante la gran proliferación de viviendas

126 Art. 103.1 CE, art. 3.1 y 3 de la Ley 39/2015, de 1 octubre, de Procedimiento Administrativo Común BOE 2 octubre 2015, núm. 236 y art. 6 Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, BOE 3 abril 1985, núm. 80.

127 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho Administrativo del Turismo*, Marcial Pons, 2016, pág. 108.

128 Así, el art. 131.5 Interoperabilidad entre administraciones públicas dispone que "De acuerdo con los principios de colaboración y cooperación interadministrativa, el Registro de turismo de Cataluña puede obtener datos de otros registros o administraciones públicas y plataformas interadministrativas. De acuerdo con los mismos principios, los datos del Registro de turismo de Cataluña pueden ser suministrados a otros registros o administraciones públicas cumpliendo la normativa de protección de datos", Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de Turismo de Cataluña, DO Generalitat de Catalunya 6 agosto 2020, núm. 8195.

129 *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee Of The Regions, "European Interoperability Framework - Implementation Strategy"*, Brussels, 23.3.2017 COM (2017) 134 final. Esta Comunicación es el resultado de tener en cuenta las nuevas políticas de la UE establecidas en la Directiva revisada sobre la reutilización de la información del sector público, Directiva INSPIRE y el Reglamento eIDAS, la Iniciativa europea de la nube y el Plan de acción de administración electrónica de la UE 2016-2020.

de uso turístico. Tanto, que viene siendo noticia habitual de la actividad parlamentaria las constantes disputas de los grupos políticos sobre si existen o no suficientes inspectores dedicados a controlar esta actividad o si tienen los suficientes recursos para ello¹³⁰. También, las confederaciones de empresarios del sector turístico vienen realizando propuestas al respecto. En este sentido, por ejemplo, la Unión Hotelera de Valencia propuso la creación de un cuerpo de inspectores de viviendas turísticas “cuyo coste debería ir a cargo de los oferentes (desplazando un coste que la administración no podría asumir) y con ellos un certificado de inspección turística de viviendas –con la misma razón que la inspección técnica de viviendas y el certificado de eficiencia energética– de tal suerte que quede asegurado el cumplimiento de las normativas en vigor con carácter previo al inicio de la actividad y durante el desarrollo de la misma”¹³¹. Estas posturas resultan claramente contrarias a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de Libre prestación de Servicios en el Mercado interior.

Hemos de recordar que, en opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, el ejercicio de la potestad, y la inspectora es una potestad, comporta dos consecuencias: una de carácter negativo, dado que la potestad administrativa no puede ejercerse sino en servicio del interés común, y otra de carácter positivo, pues la Administración está obligada al ejercicio de las potestades cuando ese interés común lo exija¹³². Está claro entonces que nadie podría invocar un interés legítimo, personal o directo, para oponerse al ejercicio de la potestad de inspección, pero sí, a nuestro modo de ver, podrían invocarse intereses, incluso simples o de mera constatación de legalidad, para forzar a la Administración al ejercicio de dicha potestad de inspección allá donde esté previsto y sea menester¹³³. Este sería el caso de la situación actual con respecto a las viviendas de uso turístico. Es preciso reconocer que la Administración debe irremediablemente optar por tener una actitud activa respecto a esta realidad.

Además, puede constatarse que en la actualidad se está incrementado la visión de la inspección más como una forma de perseguir la adhesión del ciudadano para que cumpla con la legalidad vigente –fomentando las tareas de asesoramiento–, que como una actividad que tiene como

único fin la sanción (mediante la apertura posterior del correspondiente procedimiento sancionador). Por ello, en este capítulo nos ocuparemos del decisivo papel que pueden jugar las plataformas colaborativas y su necesaria colaboración con las tareas de inspección.

En el caso de que la actividad no se declare, que el titular de esta no haya presentado la declaración responsable o comunicación previa requerida para el inicio de la actividad, la Administración se enfrenta a una serie de problemas para poder garantizar la aplicación de la normativa. Uno de ellos es la colaboración de la plataforma (que no siempre se produce).

Es preciso considerar las funciones que están llamadas a jugar tanto las plataformas digitales como la propia Administración que debe adoptar una actitud irremediablemente activa.

En el entorno digital en el que se desarrolla la actividad que es objeto de estudio, resulta fundamental el análisis de la colaboración plataforma-Administración. Así, nos referiremos, en primer lugar, a iniciativas de algunas de las plataformas de alojamiento para promover el cumplimiento de la normativa (primer nivel de colaboración). En segundo lugar, analizamos el que hemos dado en llamar segundo nivel de colaboración, que no es otra cosa que la comunicación con trascendencia –previa solicitud por la Administración–. Se estudiarán así, partiendo de las grandes reticencias de las plataformas a la comunicación de cualquier clase de datos a la Administración, qué datos pueden serles solicitados y qué responsabilidad contraen si no cumplen con tales requerimientos. En el último apartado de este capítulo, se analiza la función que debe cumplir la Administración en este nuevo contexto. Nos ocuparemos de las distintas vías de información que posee la Administración: colaboración ciudadana mediante denuncia y vigilancia activa, y la utilización de un sistema automatizado de inspección a través de técnicas de scraping (este tema es tratado de forma más pormenorizada en los capítulos 3 y 4). Finalmente, se analizará la responsabilidad de las plataformas cuando la Administración ya tiene la información y ha detectado un incumplimiento –la plataforma está incluyendo oferta ilegal– ¿qué responsabilidad se podría exigir a las plataformas?

130 <http://www.europapress.es/madrid/noticia-comunidad-reforzara-inspeccion-viviendas-uso-turistico-registrado-361-denuncias-2014-20180315131019.html>. Fecha de último acceso: 4 marzo 2019.

131 Informe “La economía colaborativa y la vivienda turística no reglada. El caso de Valencia”, Unión Hotelera de Valencia, pág. 119.

132 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 8ª edición, p. 437.

133 En este sentido, BERMEJO VERA, J., “La Administración Inspectora”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998, p. 54.

III. El cometido de los distintos sujetos que intervienen en la actividad de control. Responsabilidades

1. ¿Cuál debe ser la función de las plataformas digitales colaborativas?

Los problemas de aplicación de la legislación turística sobre las VUT –que están dando lugar a mucha conflictividad–, nos llevan a plantearnos cuál debe ser el papel de la plataforma. La potestad inspectora, que normalmente afecta al inspeccionado, entendiéndose por tal aquel cuya observancia de la legalidad quiere conocerse, a veces recae sobre un tercero que debe facilitar lo necesario para investigar el comportamiento del otro. Es el caso de las plataformas colaborativas que deben soportar estas actividades de inspección. Lo cierto es que la Administración debe poder acceder a la información y ésta se encuentra en manos de la plataforma que, por su papel de intermediaria, trabaja con la misma, poniendo en contacto a personas que ofrecen su vivienda como alojamiento turístico y personas que se alojan en ellas.

Las obligaciones informativas en contextos dinámicos y cambiantes como el que es objeto de estudio resultan un fenómeno en expansión. Con tales obligaciones ya no se pretende únicamente ejercer, por parte de la Administración, la actividad de control sobre los obligados sino disuadir y prevenir conductas evasivas. Este matiz preventivo se incrementa de manera exponencial cuando quien informa lo ha de efectuar, no ya de sus propios datos sino de los ajenos. La administración ha ido desvistándose, pues, de su naturaleza imperativa para adoptar nuevas formas de actuación centradas en la negociación y la concertación, la persuasión mediante incentivos, la sugerencia y la prevención. Esa actividad informal de la Administración funcionaria a modo de elemento facilitador del sistema, ya sea: cubriendo los espacios dejados por los procedimientos que rigen la actuación formalizada y facilitando así la consecución de los objetivos de éstos, ya sea haciendo evolucionar las formalidades los procedimientos, en definitiva, previstos normativamente. Igualmente, la actuación informal se presenta, en algunos

casos, como alternativa y acaba sustituyendo a la actuación formalizada cuando el ordenamiento jurídico no prevé específicamente una forma de actuación concreta. En este sentido, CERILLO 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 valor¹³⁴.

Como podemos observar, el fenómeno de la economía colaborativa plantea nuevos retos e interrogantes pues existe una cierta desregulación e informalidad de las relaciones que han venido provocando recelos tanto en las Administraciones como en el sector regulado de los alojamientos turísticos. Así, debemos ahora ahondar en el hecho de que esta situación ha provocado desconfianza –además, por supuesto, de los graves impactos sociales y medioambientales sobre nuestras ciudades– que ha llevado a la Administración, en primer lugar, al establecimiento de acuerdos de colaboración con las distintas plataformas y, en segundo lugar, al establecimiento de obligaciones informativas a los actores más importantes de dicho fenómeno: las plataformas colaborativas.

Así, el intermediario, la plataforma colaborativa, se convierte en la figura central tanto por el poder negocial que posee como, por el caudal informativo que gestiona. Todo esto nos lleva a cuestionarnos no sólo el papel o posición de las plataformas digitales sino también la determinación de sus responsabilidades en aras a la prevención del fraude.

Tanto ha sido el impacto que han tenido estas plataformas digitales sobre la situación social, económica y ambiental de nuestras ciudades que, las mismas, se han visto constantemente presionadas por las distintas administraciones locales y autonómicas. La finalidad de dichas presiones ha sido la consecución de la colaboración en las tareas de control de la oferta de viviendas de uso turístico ya que proliferaron por doquier y muchas no cumplían con el deber de presentar la declaración responsable de inicio de la actividad o comunicación previa, por lo que prestaban el servicio de alojamiento de forma ilegal.

La presión de los ayuntamientos se debe, fundamentalmente a la necesidad de planificar la actividad turística a largo plazo ya que necesitan conocer exactamente cuántas viviendas de este tipo hay en el mercado para poner

134 CERILLO I MARTÍNEZ, A., “La participación en los órganos colegiados en la administración en red”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 90, 2011, p. 85.

límites a su expansión y tiempo de estancia. Por eso, hay Comunidades Autónomas que fijan periodos máximos de alquiler por vivienda, como parte de paquetes de medidas que incluyen la prohibición de abrir nuevos comercios para el turismo en determinados barrios –generalmente los del centro–. El problema no es el turismo sino el volumen de visitantes. La posesión de esta información resulta vital para controlar –y lograr– que no se sobrepasen los umbrales de sostenibilidad establecidos por las normas autonómicas y locales. Para su logro, el primer paso fue que las plataformas no pudieran tener anfitriones anónimos y su consecución venía de la mano de la exigencia de inscripción de las viviendas en el Registro correspondiente. Una vez impuesta esta obligación, las distintas Administraciones competentes pueden decidir con fundamento cuáles son los máximos: si son 30 días como en Ámsterdam o 120 días como en París. Esta obligación comporta un efecto inmediato: el logro de un conocimiento más real de este tipo de ocupación para poder controlar la masificación con datos reales¹³⁵.

Las plataformas Airbnb y HomeAway (hoy Vrbo) aglutinan la mayor parte de las ofertas de alojamiento en viviendas de uso turístico. Nos referimos a los prestadores del servicio de alojamiento como “anfitriones” ya que es una calificación muy extendida en las plataformas colaborativas. Como veremos, y ya se ha adelantado con anterioridad, son ya algunas Comunidades Autónomas de nuestro país las que están tomando una actitud proactiva ante la gran cantidad de problemas que genera este tipo de alojamiento¹³⁶.

A) Iniciativas de las plataformas de alojamiento colaborativo para promover el cumplimiento de la normativa. Facilitar el cumplimiento voluntario

a) Un poco de historia. Evolución de la colaboración voluntaria

Como es sabido esta sociedad digital donde las plataformas colaborativas ostentan un gran protagonismo, nace hace relativamente poco tiempo. La colaboración existente en la actualidad de las plataformas con la Administración turística es fruto de una evolución y, en buena medida, ha sido propiciada a golpe de sentencias judicia-

les. La colaboración con la Administración comenzó con las grandes presiones que, tras el surgimiento de las primeras regulaciones de este fenómeno en nuestro país, en torno a 2015, comenzaron a brotar en tres ámbitos: las Administraciones autonómicas o locales que veían que este fenómeno se les iba de las manos con los consiguientes problemas medioambientales y sociales que comenzaban a provocar; las confederaciones y asociaciones que aglutinaban al empresariado local revelándose contra un nuevo tipo de alojamiento colaborativo que competía en el mercado, en la mayoría de los casos, fuera de la legalidad; y, en último lugar, pero no por ello menos importante, la queja indiscriminada de la población local provocada, fundamentalmente, por la salida del mercado inmobiliario de casas para el alquiler hacia el mercado turístico y la consiguiente subida de precios del mercado de alquiler que estimulaba la disminución de la oferta.

b) Del Manual para ser un anfitrión responsable al City Portal

En este primer momento, las plataformas se ven ciertamente acorraladas y comienzan a implantar algunas medidas tendentes al fomento de que los prestadores del servicio de alojamiento en VUT presenten la oportuna comunicación previa o declaración responsable de inicio de actividad e inscribirse en el Registro turístico oportuno.

Así, las plataformas comienzan a incluir, entre la información que prestan a los futuros anfitriones, datos sobre las obligaciones concretas, fruto de la normativa específica –turística y también tributaria– que deben cumplir para ejercer la actividad de prestación de alojamiento. Un ejemplo es la plataforma Airbnb que adoptó algunas medidas, aunque limitadas, con esta finalidad. Existen algunas referencias en tal sentido en el enlace Ser un anfitrión responsable, donde se incluyen algunas cuestiones sobre el cumplimiento de diversas regulaciones, aunque en términos muy genéricos. De hecho, en la plataforma se ofrece información sobre las regulaciones locales, pero, en cualquier caso, no se trata de una información precisa¹³⁷. También la plataforma Vrbo (antes HomeAway) ofrece información sobre la regulación aplicable por Comunidad

135 Según el tercer Barómetro del Alquiler Vacacional elaborado por HomeAway y la Universidad de Salamanca, hubo hasta ocho millones de alojamientos en casa turística entre abril de 2014 y abril de 2016.

136 Especialmente las Comunidades Autónomas Catalana y Valenciana.

137 “Este artículo no es exhaustivo y no puede considerarse asesoramiento jurídico o fiscal, de modo que te recomendamos que investigues por tu cuenta sobre estas cuestiones. Además, como no actualizamos este contenido en tiempo real, tendrás que consultar todas las fuentes y asegurarte de que la información no haya cambiado recientemente”

<https://www.airbnb.es/help/article/1388/ser-un-anfitri%C3%B3n-responsable-en-espa%C3%B1a>, fecha del último acceso: 6 febrero 2022.

Autónoma, de una manera más detallada, pero excluyéndose de toda responsabilidad¹³⁸.

Sería deseable que los anfitriones declarasen estar de acuerdo con las reglas establecidas (por las normas que regulan el alojamiento en viviendas turísticas) y que cumplieran con ellas antes de colgar sus ofertas en las correspondientes plataformas. Es el caso de Ámsterdam, donde Airbnb les proporciona en su web, el link para realizar tal declaración (junto con la información sobre regulación de alquileres de vacaciones). También Airbnb acordó con la ciudad de Ámsterdam, enviar un correo electrónico a los anfitriones de esa ciudad a fin de recordarles las regulaciones vigentes¹³⁹. Así mismo, la plataforma Vrbo, una vez indexada la información de la vivienda de la que se pretende incluir el anuncio, propone al futuro anfitrión una serie de enlaces que llevan directamente a las páginas web oficiales donde realizar distintos trámites ante la propia administración dejando, no obstante, meridianamente claro que la existencia de estos enlaces no supone en ningún caso que la plataforma haya firmado ningún acuerdo de colaboración con los titulares de estos¹⁴⁰.

Un paso más en el logro de un buen entendimiento entre estas plataformas colaborativas y Administraciones es la creación, a finales de 2020 por parte de Airbnb, del denominado Centro de Recursos para Municipios (City Portal) que no es otra cosa que una herramienta de asistencia a los Ayuntamientos con el fin de potenciar la transparencia colaborando con ellos ofreciéndoles información diversa que puede ayudar a la mejora de la gestión de estos. Esta herramienta puede ayudar a desarrollar políticas de alquiler a corto plazo y también hacer cumplir mejor las normas de VUT. 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. Se trata de acceso a métricas agregadas a nivel local con información detallada sobre reservas de la plataforma por zonas o distritos, tamaño medio de los grupos, precio medio por noche, ciudades de origen de las reservas, etc. Este nuevo recurso, que se aplica en la actualidad como experiencia piloto en 15 destinos¹⁴¹, 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. 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.

B) La comunicación con trascendencia. Segundo nivel de colaboración (previa solicitud por la Administración Pública). Consideraciones sobre la posibilidad de que la Administración Pública pueda exigir/requerir a la plataforma la facilitación de los datos

a) Situación de partida: reticencias por parte de las plataformas

El segundo nivel de colaboración se está desvelando como clave para algunas Administraciones: la trasmisión de información de trascendencia previa solicitud por parte de la Administración. Sin embargo, la información exacta sobre quien “comparte” o “alquila” cada tipo de alojamiento se ha demostrado que es realmente difícil de obtener desde las plataformas.

138 “HomeAway UK Ltd no es responsable de la veracidad, exactitud, adecuación, idoneidad, exhaustividad y actualidad de la información suministrada a través de la presente página web ni de la interpretación que de la misma lleve a cabo la Administración o los órganos judiciales. Los contenidos de esta página son de carácter general y tienen finalidad meramente informativa para facilitar el cumplimiento de la normativa aplicable a la actividad turística vacacional por parte de sus usuarios, sin constituir en modo alguno la prestación de un servicio de asesoramiento legal de ningún tipo, por lo que dicha información resulta insuficiente para la toma de decisiones personales o empresariales por parte del usuario. En consecuencia, se recomienda que los usuarios de la presente página web se pongan en contacto con los órganos competentes y/o los profesionales que correspondan para resolver cuantas dudas y cuestiones puedan surgirles sobre la actividad turística vacacional con carácter previo a su inicio. HomeAway UK Ltd. no se responsabiliza en ningún caso de las decisiones tomadas a partir de la información suministrada en la página web ni de los daños y perjuicios producidos en el usuario o terceros con motivo de actuaciones que tengan como fundamento la información obtenida en la presente página web”. <https://www.vrbo.com/es-es//regulacion/cataluna>, fecha de último acceso: 6 febrero 2022.

139 Documento “Nivelando las reglas de juego. Documento sobre la denominada economía colaborativa o compartida”, editado por Confederación española de hoteles y alojamientos turísticos (CEHAT) y HOTREC Hospitality Europe, p. 18.

140 “El servicio de acceso a la presente página web incluye dispositivos técnicos de enlace, directorios e incluso instrumentos de búsqueda que permiten al usuario acceder a otras páginas y portales de Internet (sitios enlazados). HomeAway UK Ltd no conoce los contenidos y servicios de los sitios enlazados y por tanto no se hace responsable por los daños producidos por la ilicitud, calidad, desactualización, indisponibilidad, error e inutilidad de los contenidos y/o servicios de los sitios enlazados ni por cualquier otro daño. En ningún caso, la existencia de sitios enlazados debe presuponer la existencia de acuerdos con los responsables o titulares de los mismos, ni la recomendación, promoción o identificación de HomeAway UK Ltd con las manifestaciones, contenidos o servicios proveídas” <https://www.vrbo.com/es-es//regulacion/cataluna>, fecha de último acceso: 4 marzo 2022.

141 <https://www.airbnb.es/cityportal>, fecha del último acceso: 4 marzo 2022.

El acceso a los datos por parte de las Administraciones Públicas puede ser puntual y se caracteriza por ser una información por captación, como veremos más adelante, o un intercambio de información previa solicitud. En este sentido, suele ser habitual el rechazo a suministrar información sobre los anfitriones por parte de las plataformas, pese a la solicitud de un organismo público¹⁴² por entender que, facilitarla, iría en contra del derecho a la intimidad de quienes hacen uso de la plataforma amparado por las normas europeas de comercio electrónico.

La reticencia de las plataformas a suministrar datos también puede deberse, como es lógico, a que esta exigencia puede afectar a su modelo de negocio ya que el activo más valioso para ellas es no desvelar la identidad de los propietarios puesto que, de no hacerlo así, el interesado podría contactar directamente y se evitaría abonar los gastos de gestión (un porcentaje de la renta pactada). Esta exigencia de suministrar datos también puede desvelar una de las facetas más incómodas para estas plataformas: reconocer que un 20 % de los propietarios no son personas que ofrecen una habitación/vivienda para obtener un ingreso extra, sino que se trata de verdaderos entramados inmobiliarios que cuentan con más de diez propiedades¹⁴³.

Ante esta situación de negativas constantes a las solicitudes de información por parte de las Administraciones Públicas, ayuntamientos con peso en oferta de viviendas turísticas, emitieron una Declaración cuyo objetivo era solicitar a la Comisión Europea la elaboración de nuevas reglas para controlar las plataformas de alquiler turístico, obligando a las mismas a desvelar la identidad de los propietarios que ofrecen las viviendas y a compartir sus datos¹⁴⁴ (que estén legalmente obligadas a compartir datos con las Administraciones). Esta declaración fue adoptada en el seno de la Conferencia sobre "Renta Turística Europea" celebrada en Ámsterdam en enero de 2018.

Con respecto a la situación que se daba paralelamente en determinados destinos de nuestro país, podemos constatar que, en Barcelona, su Ayuntamiento y la plataforma

Airbnb llegaron a un acuerdo por el que, desde junio 2018, los anfitriones de nuevos anuncios que compartieran su VUT a través de la plataforma deberían dar su consentimiento para que algunos datos, incluyendo nombre, dirección o DNI, puedan ser compartidos con las autoridades locales y regionales. Era una forma sencilla de lograr verificar que los alojamientos cumplen sus obligaciones legales. Acuerdos similares existen en otras ciudades como Nueva York o San Francisco. Pero el problema está lejos de poder solucionarse.

Si bien es cierto que las plataformas suelen instar, como se ha visto, a los prestadores del servicio a declarar sus ingresos, las administraciones de cada país no pueden tener un control verdaderamente efectivo si sólo dependen de su buena voluntad. Esta es la razón por la que, a continuación, analizamos la posibilidad de que la Administración exija, con éxito, determinadas informaciones a las plataformas colaborativas.

b) La Administración puede exigir/requerir a la plataforma datos de un tercero? ¿Qué datos puede solicitarle? ¿Datos que ya tiene la plataforma o bien datos que la plataforma no tiene y ha de hacer un esfuerzo por encontrarlos?

Para contestar esta pregunta nos situamos en el ámbito tributario de nuestro país, donde se logró establecer una obligación específica de información sobre las "plataformas colaborativas" que intermedian en la cesión del uso de viviendas con fines turísticos con el objetivo de prevención del fraude fiscal¹⁴⁵. Esta obligación, como se verá más adelante, fue impugnada y anulada por el Tribunal Supremo en el año 2020 pero, por Real Decreto 366/2021, se configura una nueva obligación que mantiene el estado de las cosas anterior sin aparente alteración.

Así, el Real Decreto 1070/2017 por el que se modificaba el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria¹⁴⁶, introdujo esta obligación de declaración periódica de carácter in-

142 Por ejemplo, en 2013 el fiscal general de Nueva York solicitó a Airbnb los nombres y direcciones de los anfitriones en la ciudad ante sospechas de que se estaba infringiendo la norma que prohíbe los alquileres por menos de treinta días en edificios donde reside una pluralidad de personas; algo similar sucedió en Ámsterdam en 2014 donde Airbnb rehusó facilitar las direcciones y los permisos municipales de los anfitriones de Airbnb y la empresa se negó, alegando que dichos datos eran "privados". Estos ejemplos se toman de SLEE, T., *Lo tuyo es mío. Contra la economía colaborativa*, Taurus, 2016.

143 https://www.cerodosbe.com/es/viajeros/agencias/como-hacerse-rico-con-airbnb_519464_102.html, fecha de último acceso: 24 noviembre 2021.

144 Madrid, Barcelona, Bruselas, París, Cracovia, Viena, Reikiavik y Ámsterdam (Londres y Berlín no asistieron, pero fueron invitados a sumarse a la declaración).

145 Anteriormente, la Agencia Tributaria había introducido como novedad en la Campaña de la Renta de 2015 la advertencia al contribuyente sobre anuncios de alquiler de inmuebles en diferentes medios publicitarios, incluido Internet, recordando que, si se percibían ingresos por este concepto, debían declararse.

146 De 29 de diciembre, BOE 30 diciembre 2017, núm. 317, art. 54 ter.

formativo de las cesiones de uso en las que intermedien sosteniendo que, “tienen la consideración de intermediarios, las personas o entidades que, constituidas como plataformas colaborativas, intermedien en la cesión de uso y tengan la consideración de prestador de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, con independencia de que presten o no el servicio subyacente objeto de intermediación o de que impongan condiciones a los cedentes o cesionarios tales como precio, seguros, plazos u otras condiciones contractuales”. La declaración informativa deberá contener: identificación del titular de la vivienda cedida (nombre, apellidos, número de identificación fiscal), identificación del inmueble (número de referencia catastral), identificación de las personas o entidades cesionarias así como el número de días de disfrute de la vivienda (nombre, apellidos, número de identificación fiscal –a estos efectos, los cedentes del uso deberán conservar una copia del documento de identificación de las personas beneficiarias del servicio–) y el importe percibido por el titular cedente del uso de la vivienda con fines turísticos.

La regulación establecida en este ámbito fiscal parte de la existencia de una regulación triangular: diversas relaciones que se ponen en común para un concreto fin comercial. Al sujeto que intermedia en tales operaciones inmobiliarias se le impone una obligación de información sobre datos ajenos. Debemos llamar la atención sobre el hecho de que en esta obligación informativa se incluyen, a su vez, dos obligaciones. En primer lugar, una obligación informativa sobre datos ajenos derivados de su relación de intermediación, sobre datos que ya posee el obligado como consecuencia de su relación económica con el cedente y el cedido. Pero, en segundo lugar, se impone una obligación a la plataforma que consiste en la obtención de datos nuevos no derivados de su relación comercial como: la determinación del derecho del cedente en relación con la vivienda cedida, la concreción y calificación de la titularidad de la vivienda cedida y la identificación del inmueble mucho más allá de la mera ubicación espacial propia del objeto del contrato de intermediación –mediante la solicitud del número de referencia catastral–. En definitiva, como señala SÁNCHEZ HUETE, al obligado a informar se exige una concreta información que no posee, además de responsabilizarle de valorar y calificar jurídicamente

la misma¹⁴⁷. Se trata de cometidos que no resultan vinculados directamente al giro habitual de la actividad de intermediario, y por ello no son poseídos por la plataforma. Además, el deber de informar planteado implica otro previo: el de exigir al otro una información para facilitarla a la Hacienda Pública.

Las reacciones a esta exigencia no se dejaron esperar: La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), instada por la Asociación Española de Economía Digital (Adigital) –de la que forman parte plataformas como Airbnb o HomeAway– interpuso recurso contencioso administrativo fundamentado en el hecho de considerar “innecesarios o desproporcionados” la transmisión de algunos de los datos requeridos¹⁴⁸ imponiendo a las entidades una carga sustantiva que restringe la competencia y que provocarán problemas operativos importantes. Tampoco se dejó esperar la reacción de la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos apoyando el Real Decreto¹⁴⁹.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de julio de 2020, anula tal obligación informativa no por una razón de fondo sino meramente procedimental: por no notificarse a la Comisión la intención de aprobar dicha obligación que es considerada como un “reglamento técnico” de acuerdo con la Directiva 2015/1535, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas los servicios de la sociedad de la información¹⁵⁰. Correlativo a la nulidad de la obligación también lo serán las infracciones basadas en su incumplimiento. Ello supone, respecto de los procedimientos sancionadores iniciados y no finalizados, su terminación y, respecto de los ya terminados con sanción impuesta, la apertura de procedimientos de devolución de los importes.

No obstante, la obligación se reintroduce en el Real Decreto 366/2021, de 25 de mayo, por el que se desarrolla el procedimiento de presentación e ingreso de las auto-liquidaciones del impuesto sobre las Transacciones Financieras y se modifican otras normas tributarias. Dicho reglamento, tras justificar su existencia por la anulación de la anterior disposición con la Sentencia del Tribunal Supremo, transcribe literalmente el precepto anterior.

147 SÁNCHEZ HUETE, MA., “Obligación informativa de los intermediarios y economía colaborativa”, en *Revista Quincena Fiscal*, núm. 15/2020, p. 8.

148 Como, por ejemplo: la identidad del titular de vivienda cuando ésta ha sido cedida, número de días de uso y la obligación de conservar la documentación. Obligando a las plataformas a proveer datos que no tienen, entre los que se incluye la referencia catastral o el número de viajeros que llegan a la vivienda.

149 https://www.hosteltur.com/127262_cehat-indignada-trato-favor-fiscal-viviendas-turisticas.html, fecha de último acceso: 7 noviembre 2021.

150 Directiva UE 2015/1535, de 9 de septiembre, LCEur 2015, 1360.

A pesar de esta nueva reintroducción, las dudas seguían existiendo sobre si se les puede exigir a las plataformas una obligación de información que va más allá de la que tienen o puedan tener con un conocimiento normal por el ejercicio de su actividad comercial ya que el Tribunal Supremo no entró a conocer el fondo del asunto. Estas incertidumbres quedan solucionadas por la nueva Directiva 2021/514 del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad¹⁵¹. Esta Directiva crea una obligación informativa a las plataformas digitales que intermedien en operaciones de arrendamiento de bienes inmuebles instaurando, bajo la denominación de “diligencia debida”, tareas de indagación y obtención. Se legitima así la obligación nacional impuesta y se ratifica la existencia de obligaciones informativas preventivas que comportan la necesidad de obtener datos.

El establecimiento de la diligencia debida implica el reconocimiento de una posición de colaboración que supone ampliar el tradicional deber de información de datos ajenos poseídos a un deber más extenso que conlleva la obtención de los datos. Nos referimos a datos que la plataforma no necesita poseer para realizar su actividad de intermediación como, si se trata de una persona física, la fecha de nacimiento o el número de inscripción catastral. La transposición de esta Directiva debería, por tanto, incluir: la regulación de la obligación de información que tienen que cumplir los operadores de la plataforma obligados a comunicar la información a la Administración tributaria española; la amplitud de tal obligación a tenor de la diligencia debida de las plataformas; y el establecimiento del correspondiente régimen sancionador que se puedan derivar de estas obligaciones.

En fin, en el ámbito tributario se encomienda así la obtención de la información a las plataformas digitales por la posición comercial que ocupan. La información se obtendrá sin acudir a procedimientos administrativos que garanticen los derechos de quienes facilitan los datos. Este panorama ¿supone privatizar tareas propias de la inspección de tributos –obtención de información– sin las garantías connotadas al uso de tales facultades y haciendo recaer buena parte de su eficacia en la amenaza de la sanción en caso de incumplimiento? Nos preguntamos también si este régimen jurídico aplicable al ámbito tributario puede o no ser aplicable analógicamente al ámbito de otras inspecciones como la que aquí nos ocupa, la inspección turística.

A la vista de esta obligación tributaria, habrá que estar a cómo reacciona el mercado y en particular a las posibles modificaciones de los actuales sistemas informáticos para que, entre otros, las plataformas colaborativas puedan captar esta información de forma automática para cumplir con su nueva obligación tributaria¹⁵². Para intentar resolver estas cuestiones, nos remitimos al capítulo 4 donde se profundiza en la actividad administrativa automatizada y las dudas jurídico-prácticas que su uso comporta.

2. El papel de la Administración

Son bastantes los retos que se le plantean a la Administración en este entorno digitalizado donde el acceso a los datos y su medición efectiva resultan esenciales. La monitorización de las plataformas turísticas es fundamental para evaluar el tamaño y la estructura del mercado, así como para la toma de decisiones por parte de las Administraciones respecto a esta actividad. Por ello, la cooperación entre administraciones y plataformas digitales se configura como relevante. Sin embargo, como se ha visto, resulta complicado de lograr.

La realidad del sector turístico se dirige hacia el mundo digital y, por tanto, la intervención administrativa no puede quedarse aferrada a las visitas de inspección y el tradicional requerimiento de documentación. El análisis de las redes se convierte en imprescindible para asegurar el cumplimiento de la normativa turística además de que el análisis de macrodatos permite realizar comprobaciones masivas y automatizadas con este fin. Si las Administraciones Públicas hicieran dejación de su obligación de controlar este fenómeno, la normativa aplicable no recaería en un buen número de obligados ya que no hay constancia de su intervención en el mercado como operadores turísticos. Sólo sería posible el control tras una eventual denuncia, al ponerse en marcha el mecanismo de inspección.

Para profundizar en el importante cometido que las administraciones están llamadas a jugar en el actual sistema digital debemos, en primer lugar, analizar las distintas vías por las que la Administración puede obtener la información –promoviendo el cumplimiento voluntario o directamente ejerciendo su potestad inspectora y sancionadora– y, en segundo lugar, hasta qué punto, a las plataformas colaborativas se les puede exigir responsabilidad sobre los datos

151 Directiva UE 2021/514, de 22 de marzo, LCEur 2011, 346.

152 ALBIDAÑA, C., “¿Marca el nuevo artículo 54 ter el fin de la opacidad fiscal de los alquileres turísticos?”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 938&2018, Aranzadi, Cizuz Menor, 2018.

que alojan y si se encuentran obligadas a cumplir con las obligaciones impuestas por la Administración.

A) Vías de información de la Administración

a) Colaboración ciudadana mediante denuncia y vigilancia activa (cribado de sus propias bases de datos para luego comprobación in situ)

Una de las vías de información más relevantes que la Administración posee viene siendo la colaboración ciudadana: los vecinos de la finca y los propios turistas pueden ser de mucha ayuda denunciando o “informando” de la existencia de estos pisos sin licencia. Sin embargo, muy pocas normas de Derecho positivo tratan de favorecer o estimular la presentación de denuncias sobre irregularidades o situaciones de desobediencia al Derecho.

El Ayuntamiento de Barcelona, en su lucha contra las VUT ilegales, puso en marcha una página web donde es posible, rellenando un formulario, que tanto los turistas –que han contratado una vivienda de uso turístico ilegal– como los vecinos de una finca –donde hay viviendas de uso turístico sin licencia–, informen a la Administración de dicha situación¹⁵³. Resulta curioso que el Ayuntamiento trata de aplicar la denominada “garantía de indemnidad” que protege a la persona que haya presentado la denuncia. En concreto, el turista denunciante que se encuentre alojado en una vivienda de uso turístico ilegal será realojado por el Ayuntamiento sin ningún coste y el Ayuntamiento “cobrará los gastos asociados a la persona propietaria del piso sin licencia”. En dicha página web se pone a disposición de cualquier interesado un buscador que da acceso a un Registro donde comprobar si una vivienda tiene o no registro –es o no legal–.

Ni que decir tiene que la recepción de una denuncia puede dar lugar –o no– a que la Administración ponga en marcha las actuaciones de inspección. La Administración tiene reconocido un cierto margen de discrecionalidad y por tanto no queda a la voluntad de cualquier denunciante. Así, la Comunicación de la Comisión 2004/C 101/05, sobre las denuncias en materia de defensa de la competencia¹⁵⁴

establece que la Comisión está facultada para “atribuir distintos grados de prioridad de las denuncias que se le presentan”.

Otra herramienta utilizada por las Administraciones Públicas es el cribado tanto de las bases de datos de licencias turísticas municipales como Autonómicas, con el fin de comprobar que todo está en orden, personándose en la dirección física¹⁵⁵. Por ello, viene siendo normal que Ayuntamientos contraten trabajadores cuya misión primordial sea la realización de estas tareas de vigilancia activa consistentes en la búsqueda in situ en edificios detectados en las webs a partir de las direcciones de las viviendas que figuran en las ofertas de las plataformas intermediarias. Esta tarea facilita el trabajo a los inspectores, ya que estos “visualizadores” alertan a los inspectores de la existencia de irregularidades que acaba siendo el paso previo a la apertura de expedientes y, en su caso, la posterior sanción¹⁵⁶. Además, los visualizadores entrevistan a turistas con el objetivo de conseguir la dirección donde se alojan, la vía a través de la cual han contratado el piso y, a ser posible, la copia del contrato. Esta información será útil para llevar a cabo la tarea inspectora cuando se detecten viviendas que operan como piso turístico sin serlo. Así mismo, realizan entrevistas a los vecinos preguntándoles sobre si conocen la existencia de viviendas de uso turístico ilegales y, en caso de que la sepan, los visualizadores obtienen su dirección.

b) Utilización de técnicas de scraping. Problemática jurídica práctica

La existencia de una mayor disponibilidad de datos en internet facilita, como se comentó en el capítulo anterior, el desarrollo de nuevas herramientas de análisis y tratamiento de estos y la aplicación de nuevas tecnologías para mejorar la detección de ilícitos. Son herramientas de carácter proactivo que permiten la mejora de la detección de oficio. Así, la vía de información más importante en este ecosistema digital consiste en el rastreo o búsqueda automatizada en las plataformas digitales. La actividad inspectora de la Administración turística puede vincular datos obtenidos en la red con sus propias bases de datos y

153 utilizando frases de reclamo como: “Que esta cama esté disponible en internet no significa que sea legal. Colabora con la detección de viviendas turísticas sin licencia” <http://meet.barcelona.cat/habitatgesturistics/es/>, fecha de último acceso: 17 febrero 2022.

154 Diario Oficial de la UE de 27 abril de 2004.

155 Es habitual la existencia de prestadores de servicios de VUT que poseen licencia, pero no la tienen visible al público (como exigen algunas normativas).

156 En Barcelona, existe un equipo de cuarenta trabajadores, visualizadores, que se dedican a esta tarea. Trabajan por parejas en jornadas de 7 u 8 horas, dotados de un Smartphone con datos de licencias y mapas de la ciudad desde el que pueden abrir y cerrar expedientes. https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2017-05-27/barcelona-airbnb-ada-colau-pisos-turisticos-gentrificacion-turistificacion_1389472/, fecha último acceso: 17 febrero 2022.

confirmar en un tiempo muy reducido si tiene constancia de que un particular comercializa su vivienda y en consecuencia puede o debe ser objeto de control administrativo¹⁵⁷. En tal caso la Administración podría bien dictar una orden administrativa de cese de la actividad privada, que se ejerce sin título habilitante, (restableciendo, así, la legalidad vulnerada), o bien incoar el procedimiento sancionador correspondiente.

Nos remitimos al capítulo 4 donde se realiza un estudio más pormenorizado de esta cuestión.

B) ¿Qué responsabilidad puede exigirse a las plataformas? Cuando la Administración Pública tiene información y ha detectado un incumplimiento (la plataforma está incluyendo oferta ilegal).

Como es sabido, las regulaciones autonómicas sobre VUT –con o sin preceptos específicos sobre las plataformas– afectan a las mismas. Como se vio en el capítulo 1, viene siendo habitual la exigencia de que el número de inscripción de estas viviendas en el Registro autonómico de turismo figure en toda su publicidad y en las acciones de comercialización a través de canales de intermediación virtuales, en clara referencia a las distintas plataformas colaborativas, ordenando implícitamente –o no– a éstas difundir las ofertas de las viviendas que no lo tengan. En general, las normas autonómicas no han establecido de manera directa y específica obligaciones dirigidas a las plataformas considerando, de manera general, que la Directiva 2000/31 reduce la posibilidad de que los prestadores de servicios de la sociedad de la información puedan ser responsables de los datos almacenados ya que prohi-

be que se les imponga un deber general de control de la legalidad de tales datos¹⁵⁸. No obstante, debemos llamar la atención sobre el régimen jurídico y responsabilidad impuesto por una de las más modernas normas sobre esta actividad, el Decreto 75/2020 de Turismo de Cataluña a las plataformas de intermediación estableciendo unas especiales obligaciones de actuación e información junto con un régimen de sanciones para el caso de incumplimiento¹⁵⁹. Por el contrario, otras Comunidades Autónomas afirman expresamente que no pueden entrar a regular aspectos de las llamadas plataformas por exceder a las competencias turísticas que facultan a la aprobación de cualquier decreto de VUT¹⁶⁰.

En este orden de cosas, ha sido habitual que distintas administraciones autonómicas en aplicación de sus normas turísticas hayan ordenado a estas plataformas que cesen de ofertar las viviendas de uso turístico que no contaran con el número de inscripción en el Registro turístico. También, ante tal incumplimiento, han procedido a imponerles importantes sanciones.

El Ayuntamiento de Barcelona, en la creencia de que las plataformas se deben responsabilizar de las ofertas que publican, ha llevado a cabo en los últimos años un incremento de inspecciones con la consiguiente consecuencia de la imposición de la oportuna sanción. La Administración, así, ha adoptado una actitud proactiva buscando ofertas sin licencia y comunicando a la plataforma la existencia de ilegalidades. Todas las plataformas de alojamiento colaborativo –menos Airbnb– llegaron a un acuerdo con el Ayuntamiento de no publicar ofertas de alojamiento que no tuvieran número registro. Con Airbnb

157 BAUZÁ MARTORELL, F. J., "BIG DATA Y OPEN DATA EN LA ADMINISTRACIÓN TURÍSTICA: ACCESO Y REUTILIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN", EN RVAP, NÚM. 108, MAYO-AGOSTO 2017, P. 26.

158 Art. 14 y 15 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de julio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico.

159 Art. 251.2 "...2. Los intermediarios e intermediarias de empresas turísticas de alojamiento están sujetos, en el ejercicio de su actividad turística, al régimen jurídico que les sea de aplicación de la Ley de turismo y, en concreto, al cumplimiento de las siguientes obligaciones y prohibiciones: a) Los situados en otro estado de la Unión Europea, a los efectos de practicar las notificaciones de los actos administrativos dictados, están obligados a designar un correo electrónico corporativo cuando se lo requieran o soliciten las administraciones turísticas. b) La obligación de información sobre toda clase de datos, antecedentes y justificantes con trascendencia turística ante la actuación inspectora, de acuerdo con el artículo 80 bis de la Ley de turismo. c) La obligación de constatar que quien solicite la inserción de anuncios, ofertas o reclamos publicitarios dispone del NIRTO o bien del número provisional, absteniéndose de insertarla si este le falta. d) La obligación de hacer constar en la comercialización y en todo tipo de publicidad que les anuncie que dispone de los correspondientes números que prevé el párrafo anterior; y la prohibición de hacer publicidad sin hacer constar alguno de los números mencionados. La información sobre los números debe cumplir las obligaciones establecidas en las normas de publicidad y de competencia desleal, y a tal efecto debe ser veraz e inequívoca. La Dirección General competente en materia de turismo puede establecer e interpretar mediante circulares e instrucciones los aspectos que debe cumplir la mencionada información. e) La prohibición de realizar intermediación de alojamientos turísticos que no dispongan de la habilitación preceptiva, de acuerdo con el artículo 88.u. quater) de la Ley de turismo.

f) La prohibición de comercializar actividades o servicios turísticos que no dispongan de los requisitos o condiciones legalmente establecidos para obtener la correspondiente habilitación, de acuerdo con el artículo 89.a) de la Ley de turismo; 3 Las administraciones competentes en materia de turismo ejercerán su potestad en disciplina turística sobre los intermediarios e intermediarias turísticos que no cumplan con sus obligaciones, de acuerdo con lo que dispone el libro sexto del presente Decreto".

160 Es el caso del Decreto 256/2019, de 10 de octubre, por el que se regulan las viviendas de uso turístico en la Región de Murcia., Boletín Oficial de la Región de Murcia de 19 de octubre de 2019.

se llegó al acuerdo –tras la imposición de cuantiosas sanciones– de que los pisos que se anuncien que no tuvieran licencia y que hayan sido detectados por el Ayuntamiento, la plataforma deberá expulsarlos de la misma¹⁶¹. En esta situación ¿están las plataformas obligadas a filtrar los anuncios de antemano o solo a retirar, previa solicitud, los que incumplan las disposiciones autonómicas? A juicio del Ayuntamiento esta sería una solución incompleta ya que debería ser la plataforma la responsable de que las viviendas que se anuncien tengan la licencia y no depender de la actitud proactiva de la Administración buscando ofertas sin licencia¹⁶². No obstante, no debemos olvidar que en el documento de la Comisión titulado *Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa* se afirma que “con arreglo a la legislación de la UE, los Estados miembros no pueden imponer a las plataformas colaborativas, en la medida en que prestan servicios de alojamiento de datos, una obligación general de supervisar y realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas”.

En este sentido, algunas de estas plataformas de alojamiento colaborativo –como HomeAway– ya incluyen un campo de registro para que se incluya el número de la licencia o registro de la vivienda de alquiler turístico en las Comunidades Autónomas donde es obligatorio. Pero, a pesar de incluir este campo de registro, las plataformas descartan cotejar la veracidad de todos esos datos ya que, según las mismas, no ostentan la gestión directa ni la propiedad o titularidad de las viviendas, por lo que no tienen la obligación de hacer esa labor previa de control y verificación de los datos contenidos que hay en la plataforma. Los verdaderamente obligados a cumplir con esta normativa son los propios usuarios de la plataforma, ya que son ellos quienes publican los anuncios.

Ante esta situación, nos planteamos si es posible exigir a la plataforma esta responsabilidad, cuestionándonos si vulneraría lo establecido por la Directiva 2000/31. Así, lo primero que debemos preguntarnos es si el servicio prestado por las plataformas que operan en el marco de la Economía Colaborativa puede encuadrarse, o no, dentro del concepto de Prestador de Servicios de la Sociedad de la Información (PSSI). Si así fuera, le serían de aplicación las excepciones de responsabilidad previstas en la normativa.

Para las PSSI existe un régimen de responsabilidad que, en principio, les exime de responsabilidad por los contenidos ajenos a los que dan acceso, alojan, copian temporalmente, o enlazan, y que –en definitiva–, gestionan. Esta exención de responsabilidad únicamente opera cuando no hayan participado activamente en la elaboración del contenido ilícito, o si conociendo la ilegalidad de este, actúan con celeridad para retirarlo o impedir el acceso¹⁶³. En la actualidad, por tanto, la plataforma digital –el prestador de servicios de alojamiento de datos– no está obligado a realizar una investigación sobre la legalidad de los contenidos que aloja. Si un órgano judicial o administrativo competente le ordena retirar el contenido o impedir el acceso al mismo, debe hacerlo inmediatamente, no será responsable del contenido ilícito alojado en él si no tiene conocimiento efectivo de la ilicitud de las actividades que se llevan a cabo a través de ese canal. Así, según el art. 11 de la Ley 34/2002 que traspuso la Directiva a nuestro país, “cuando un órgano competente hubiera ordenado, en ejercicio de las competencias que legalmente tenga atribuidas, que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, dicho órgano podrá ordenar a los citados prestadores que suspendan el correspondiente servicio de intermediación...”.

El “conocimiento efectivo” de su ilicitud puede obtenerse por cualquiera de estos tres medios destacados en la Ley: conocimiento de una resolución dictada por órgano competente que declare la ilicitud del contenido y ordene su retirada o que se imposibilite el acceso al mismo; recepción de una notificación enviada de conformidad con un procedimiento de detección y retirada de contenidos que el prestador de servicios haya suscrito; otros que pudieran establecerse por norma jurídica o acuerdo entre las partes. Lo cierto es que esta orden de retirada de contenidos presuntamente infractores no debe ser genérica. Al requerir a estas plataformas para que retiren los contenidos que no cumplen con la normativa aplicable, deberían serles identificados cuáles son exactamente los contenidos que deben retirar. Darles una orden genérica para que eliminen los anuncios que no cumplan con determinada

161 Esta también ha sido la postura de la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos que ha abogado por “una economía colaborativa sostenible y responsable en el alojamiento turístico”, siendo una de las medidas propuestas, la décima, la siguiente: “Cuando un alojamiento contravenga la legislación local –por ejemplo, por no estar registrado correctamente, o por no reunir los criterios locales–, las plataformas P2P deberían actuar eliminándolo”. *Vid. informe Nivelando las reglas de juego... Ibidem. p. 29.*

162 Un debate muy interesante sobre fue el IX Foro de Liderazgo Turístico de Exceltur “*Reshaping Tourism: cómo crecer sosteniblemente y agilizar la transformación digital*” celebrado en Madrid 16 de enero de 2018. Accesible en la web <http://9foro.exceltur.org/?zona=4>, fecha de último acceso: 21 diciembre 2021.

163 *Vid. Art. 16 Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información, BOE 12 julio 2002, núm. 166.*

obligación supondría imponerles la tarea de realizar búsquedas activas de hechos y de llevar a cabo una supervisión de los contenidos alojados, lo que, como se ha visto, sería contrario a la Directiva 2000/31 de la que deriva la LSSI.

Por todo ello, los prestadores de servicios de intermediación (como estas plataformas de economía colaborativa) no son, en principio, responsables por los contenidos ajenos que transmiten, alojan o a los que facilitan acceso¹⁶⁴.

Existen, en cualquier caso, dos aspectos, uno formal y otro sustantivo, sobre la adecuación a la Directiva 2000/31 por parte de las normas españolas reguladoras de las viviendas de uso turístico.

La condición formal que impone la Directiva se refiere a la necesidad de comunicación a la Comisión Europea del establecimiento de cualquier reglamentación técnica y reglas relativas a los servicios de información conforme al procedimiento previsto en la Directiva 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁶⁵. Fue justamente la falta de esta notificación la que llevó a STJUE de 19 de diciembre de 2019, asunto C-390/18, a concluir que no se podía condenar a Airbnb por el incumplimiento de una ley que no había sido notificada. En esta sentencia, el tribunal afirma que esa inacción tiene como consecuencia "la imposibilidad de invocar dicha medida contra los particulares".

La doctrina del TJUE fue seguida por la STS 1106/2020, de 23 de julio sobre la modificación, no comunicada a la Comisión, del Reglamento General de actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria donde se imponía a los gestores de las plataformas obligaciones de información sobre la cesión de uso de viviendas turísticas. El TS entiende que debía de haber sido notificado a la Comisión y que la falta de este control previo no solo comporta su "inoponibilidad" sino que comporta su nulidad de pleno derecho, en aplicación del art. 47.2 Ley 39/2015.

Como señala REBOLLO PUIG, algunas Comunidades Autónomas han aprendido la lección como demuestra el Decreto de Madrid 29/2019 que modifica el régimen de las

viviendas turísticas ya que su preámbulo establece que "este decreto ha sido sometido al procedimiento previsto en la Directiva 2015/1535, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la información". En cambio, otras muchas normas autonómicas sobre viviendas de uso turístico no fueron objeto de esta comunicación, entre ellas el Decreto 75/2020 que regula el Turismo en Cataluña que impone directamente a las plataformas concretos deberes en su art. 251.2. ¿Las pone ello en peligro? En tanto que directa o indirectamente, como se ha visto, estas normas afectan a las plataformas, seguramente las mismas puedan alegar su inoponibilidad conforme a la STJUE de 19 de diciembre de 2019¹⁶⁶.

Con respecto a la condición sustantiva, nos preguntamos si el servicio prestado por estas plataformas de economía colaborativa encaja siempre en el concepto de prestador intermediario (PSSI), si el servicio prestado por las plataformas a sus destinatarios consiste en albergar datos proporcionados por éstos sirviendo simplemente de "punto de encuentro" u ofrecen algo más (no se les aplicaría entonces la exención del art. 16 de Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información).

El punto determinante para excluir a las plataformas del cumplimiento de una específica regulación sectorial (alojamiento turístico) y que queden, por tanto, exentas de responsabilidad es que éstas adopten una posición neutral respecto a la actividad de sus usuarios y no tengan una influencia decisiva sobre el servicio. Estos criterios fueron fijados por Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 en el caso Uber Pop que sentó un importante precedente jurisprudencial¹⁶⁷. Esta sentencia resulta determinante para valorar si realmente las plataformas realizan una labor de mera intermediación y, por tanto, si se les puede aplicar la exención de responsabilidad prevista en el ordenamiento jurídico para los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Así, los criterios para valorar si la plataforma ejerce o no influencia decisiva sobre el servicio subyacente son, principalmente, los siguientes: 1. Que la plataforma fije

164 No obstante, sí que pueden incurrir en responsabilidad si toman una participación activa en su elaboración o si, conociendo la ilegalidad de un determinado material, no actúan con rapidez para retirarlo o impedir el acceso al mismo. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE núm. 166, de 12/07/2002.

165 Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de septiembre de 2015 por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información Diario Oficial de la Unión Europea 17.9.2015.

166 REBOLLO PUIG, M., "Las restricciones a las viviendas turísticas ante los tribunales", en GONSÁLVIZ PEQUEÑO, H., *Tratado jurídico ibérico...*, ob. cit., p. 355.

167 STJUE 2017/217, de 20 de diciembre, caso Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, S. L. (ECLI: ECLI:EU:C:2017:981).

el precio para la prestación del servicio por el usuario; 2. Que la plataforma determine las condiciones esenciales de la prestación del servicio; 3. Que la plataforma tenga la propiedad de los activos de los que se vale el usuario para la prestación del servicio; y 4. Que la plataforma asuma todos los riesgos de la transacción, los gastos o que el prestador del servicio cumpla los requisitos para que el usuario sea considerado trabajador de la plataforma, es decir, que exista una relación laboral. Al final, el debate se centra en decidir si este tipo de plataformas encaja plenamente dentro de la categoría de prestadores de servicios de alojamiento.

En España, en el ámbito de los TSJ, los casos jurisprudenciales que se han ocupado del tema lo han hecho, pero con resultados dispares para los intereses de las plataformas que operan en el ámbito del alojamiento colaborativo y que aspiran en todo caso a la aplicación de la exclusión de responsabilidad propia de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Así, en las SSTSJ de Cataluña 931/2019, de 13 de noviembre y la 751/2018, de 5 de octubre, el Tribunal entendió que el servicio que presta la plataforma -HomeAway- es un servicio de la sociedad de la información pero, no se limita a una prestación neutra o pasiva de mero tratamiento técnico y automático de los datos, sino que asume un papel activo y que, en cualquier caso, "aunque no una función general de control, sí que se le puede exigir que retire un contenido ilícito al mismo tiempo que se le comunica tal carácter ilegal"¹⁶⁸. En contra a esta tesis, la STSJ de las Islas Baleares 158/2020, de 29 de abril, establece que la plataforma -en este caso Airbnb- es un servicio de la sociedad de la información y por tanto "queda protegida por las exenciones de responsabilidad previstas en la Directiva 2000/31/CE al ser considerada como operador de intermediación que se limita a una prestación neutra, meramente técnica y automática, de alojamiento de contenido insertados por sus usuarios"¹⁶⁹. No responde así de la legalidad de los datos almacenados y no se puede hacer recaer sobre ella el deber de supervisar la legalidad de las viviendas que oferta ni de los correspondientes anuncios que inserta.

Tales discrepancias han quedado superadas por la reciente STS 1818/2020, de 30 de diciembre que casó la citada STSJ de Cataluña y resolvió la cuestión aportando una visión más cercana a la dada por la STSJ Balear. El TS entiende que las plataformas prestan un servicio de la sociedad de la información, un servicio de almacenamiento

de datos distinto y disociable del servicio turístico sin que ello quede alterado por sus prestaciones adicionales que no transforman la prestación de intermediación en otra de arrendamiento de alojamientos vacacionales ni la convierten en una empresa turística. Es, por tanto, una intermediaria neutra y fija su régimen de responsabilidad de acuerdo con los artículos 14 y 15 de la Directiva y 16, 35 y 36 de la Ley española. Estas normas sólo proclaman la irresponsabilidad del prestador de servicios de alojamiento de datos cuando "no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita" y, si, cuando lo tenga "actúe con prontitud para retirar los datos o hacer imposible el acceso" (art. 16 Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información). Sin embargo, lo más relevante de esta Sentencia es que en la misma se determina que "la orden de retirada debe ir necesariamente referida a anuncios concretos, a diferencia de la orden administrativa de la que trae origen el litigio y que es una orden genérica que obligaría al prestador de servicios a efectuar un examen general de muchos anuncios y una tal obligación sería directamente contraria a lo previsto por el art. 15 de la Directiva".

Por lo anterior, concluimos que la Administración debe hacer una tarea previa de concreción de los anuncios ilegales. Si la Administración comunica a la plataforma qué concretos anuncios son ilegales, la plataforma estará obligada a cumplir este requerimiento y, en caso contrario, sí se podrá actuar contra ella sancionándola. No puede por tanto la Administración dar una orden general dirigida a que la plataforma retire los anuncios publicados que no posean número de registro -y sean, por ello, ilegales- ya que sería totalmente contrario a lo establecido por la Directiva.

La Administración debe adoptar una actitud proactiva respecto al control de la actividad de las viviendas de uso turístico, y puede requerir a la plataforma en cualquier momento la retirada de concretos anuncios de viviendas que no cumplen con la legalidad vigente. Este papel de Administración estaría en consonancia con el entorno digital en el que debe practicar su actividad de inspección y el aumento de la importancia del control ex post (no ex ante) al haber sido sustituida la autorización previa por la declaración responsable y comunicación previa. Entendiendo así las cosas, dudamos de la legalidad del Decreto 75/2020, de 4 de agosto de Turismo de Cataluña donde se impone directamente a las plataformas digitales, tras de-

168 STSJ de Cataluña 931/2019, de 13 de noviembre (JUR 2019/334416) y STSJ de Cataluña 751/2018, de 5 de octubre (JUR 2018/296882).

169 STSJ Islas Baleares 158/2020, de 29 de abril (JUR 2020/163677).

finir de intermediaria de empresas y establecimientos turísticos de alojamiento¹⁷⁰, la obligación de “constatar que quien solicite la inserción de anuncios, ofertas o reclamos publicitarios dispone del NIRTC o bien del número provisional, absteniéndose de insertarla si esta falta”. Por ello, creemos que sería necesario dar nuevos pasos para pulir algunos excesos que aún no han sido recurridos con el fin de buscar un punto de equilibrio. Tampoco debemos olvidar que la Administración siempre podrá requerir al titular de la vivienda para que retire el anuncio de la plataforma y proceder a sancionarlo.

En este sentido, debemos añadir que durante el año 2022 se ha alcanzado un acuerdo en el seno de la Unión Europea respecto a la actualización de las normas que rigen los servicios digitales. Nos referimos a los Reglamentos de Servicios Digitales (Digital Services Act –DSA–) y Mercados Digitales (Digital Markets Act –DMA–). Estas normas, si bien modifican levemente el régimen de responsabilidad y buena diligencia de los Servicios de la Sociedad de la Información, no modifican el régimen general basado, como se ha señalado con anterioridad, en dos principios: la ausencia de responsabilidad por los contenidos ilícitos que alojaban siempre que no tuviesen conocimiento efectivo de los mismos y, la inexistencia de una obligación general de monitorización para impedir la publicación de estos contenidos. No obstante, la DSA introduce nuevas obligaciones para los prestadores de servicios de alojamiento y plataformas *on line*, entre ellas: Creación de procesos específicos para solicitar la retirada de contenidos ilícitos, incluyendo la necesidad de justificar la retirada; Habilitación de mecanismos para permitir que los usuarios puedan defenderse en caso de que entiendan que sus contenidos han sido retirados sin justificación; y la obligación de cooperar con las autoridades de los Estados Miembros tanto en la retirada de contenidos ilícitos como en la identificación de determinados usuarios. Así mismo, se establece la obligación de las plataformas de publicar

información relativa a las solicitudes de retirada de contenidos ilícitos recibidas de terceros (por ejemplo, de Administraciones Públicas) o fruto de su propia actividad de monitorización voluntaria; creación de sistemas internos de reclamación para gestionar la retirada de contenidos ilícitos y/o la suspensión o terminación de los servicios y/o de las cuentas de los usuarios; y gestionar preferentemente las notificaciones de retirada de contenidos ilícitos realizadas por informadores de confianza o trusted flaggers.

Son, pues, bastantes obligaciones que deberán afrontar los prestadores de servicios digitales desde la entrada en vigor de estas dos nuevas normas, pero, como se ha apuntado, no modifica sustancialmente el régimen jurídico establecido por la anterior Directiva, pero sí que establece obligaciones nuevas con el objetivo de otorgar seguridad jurídica en torno a la actividad prestada por las plataformas y como medio para reforzar los derechos de los consumidores.

Así pues, ante esta situación, cobra muchísima importancia la colaboración voluntaria de las propias plataformas porque, aunque, según lo anteriormente comentado, no puede exigirse al PSSI una obligación de supervisión de carácter general ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas respecto de los servicios que prestan y gestionan, sí es cierto que, como destaca TOURIÑO, esto no excluye la posibilidad de desarrollar voluntariamente por estos PSSI un sistema técnico de filtrado automático que permita detectar contenidos infractores¹⁷¹.

Mientras tanto, en los más importantes Foros Turísticos, se pone constantemente de manifiesto el hecho de que exigir corresponsabilidad a las plataformas es, por ahora, un camino importante que garantizaría el cumplimiento de la regulación sobre viviendas de uso turístico¹⁷².

170 Son definidas por el art. 251.2 como “cualquier prestador de servicios de la sociedad de la información, que directamente o indirectamente y en cualquier grado de participación, colaboración o patrocinio realice a título oneroso cualquiera de las actividades de: a) presentar ofertas, promocionarlas o ponerlas en el mercado en base a la información que le ha facilitado la persona que pretende explotar el alojamiento; b) Facilitar el contacto entre vendedores y compradores; c) Facilitar la contratación o comercialización; y d) realizar reservas o la gestión del alojamiento”.

171 TOURIÑO, A., “Régimen de responsabilidad de las plataformas que operan en el ámbito de la economía colaborativa”, en RODRÍGUEZ MARÍN, S. y MUÑOZ GARCÍA, A., *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, Wolters Kluwer, 2018, pág. 92.

172 “La generalizada impunidad con la que las plataformas prescriben, distribuyen y comercializan las viviendas en el mercado del alojamiento turístico en muchos destinos a pesar del esfuerzo en regulación e inspección pública, hace necesaria una modificación de la normativa que regula los servicios de la sociedad de la información para conseguir que las plataformas fueran responsables subsidiarias de no subir a sus webs ninguna vivienda que no cumpla la legislación autonómica y/o local vigente, a través de la solicitud y exposición en cada anuncio de vivienda en alquiler turístico de su correspondiente número de registro”. Así se puso de manifiesto en la conclusión número 4 del IX Foro de Liderazgo Turístico de Exceltur “Reshaping Tourism: cómo crecer sosteniblemente y agilizar la transformación digital” donde se afirma que “exigir corresponsabilidad a las plataformas es el único camino que garantiza el cumplimiento de la regulación sobre las viviendas de uso turístico”. Celebrado en Madrid 16 de enero de 2018. Accesible en la web: <http://9foro.exceltur.org/?zona=4&id=7>

Segunda parte.

**La inspección
administrativa:
Del ejercicio de
la actividad tradicional
al cambio de
paradigma.
Retos del entorno
digital**

3.

**La inspección
administrativa:
del ejercicio
de la actividad
tradicional
al cambio de
paradigma.
Retos del
entorno
digital**

I. La actividad de control: de lo tradicional al cambio de paradigma

Siempre ha existido una actividad administrativa inspectora y continuamente se le ha reconocido importancia para asegurar la eficacia del Derecho y los intereses generales. El estudio de la actividad administrativa de inspección siempre ha sido relevante en la medida en que en ella aparece el problema por antonomasia de nuestra disciplina, esto es, el de lograr el adecuado equilibrio entre los poderes y las garantías, garantías no sólo de los derechos de los inspeccionados sino de los mismos intereses generales y del resto de los ciudadanos frente a la actividad o inactividad de la Administración. Como resulta patente, en la actualidad, la Administración debe realizar su actividad y ejercer sus potestades en un entorno caracterizado por un marcado desbocamiento normativo que tiene lugar en un entorno digital.

En este contexto, resulta patente la existencia de una mayor preocupación en la inspección debido, fundamentalmente, a tres circunstancias.

En primer lugar, quizá la influencia más importante la ha provocado la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios en el Mercado interior¹⁷³ que en su papel ordenador ha disminuido las facultades de control previo mediante autorizaciones, lo que obliga a afinar sus medios de control ex post¹⁷⁴. Sabido es la gran extensión que en los últimos años ha venido adquiriendo la libertad de empresa y la generalización de los controles ex post por parte de la Administración pública, provocada por la Directiva anterior, dirigida a reducir la intervención burocrática del mercado interior de la Unión Europea mediante técnicas de simplificación administrativa, en especial sustituyendo el control previo, que tradicionalmente se había instrumentado mediante las autorizaciones administrativas por otra clase de título habilitante que se considera proporcionado y suficiente, como son las comunicaciones que presentan los interesados. Coincidimos con FUEYO ÁLVAREZ cuando destaca que la comunicación habilitante es una fórmula de democracia directa (artículo 23 CE), en la que el ciudadano o el empresario actúan como si fueran

un funcionario de facto que legítimamente asume la responsabilidad pública de verificar el cumplimiento de los requisitos normativamente exigidos para iniciar y desarrollar una actividad económica o de otra índole¹⁷⁵.

En todos estos casos en los que el legislador suprime el control previo, cobra especial relevancia el control ex post al inicio de la actividad pues la Administración no ha garantizado previamente que la actividad profesional, empresarial o de otro tipo, reúne los requisitos legalmente establecidos para su ejercicio sin riesgo para los intereses públicos. Así, TORNOS MÁS, tras el estudio de la técnica en auge de la comunicación previa en sustitución de la autorización administrativa, señala que "este nuevo régimen, si se acompaña de un planteamiento eficaz de la función inspectora de la Administración, puede comportar una mejora en la defensa de los intereses generales"¹⁷⁶. Más adelante, nos referiremos al más que evidente y necesario planteamiento de la inspección propiciado por el uso de las nuevas tecnologías.

Además, la sustitución del procedimiento de autorización por la comunicación previa plantea otra duda relativa a si se puede hablar, en consecuencia, de la existencia o no de un verdadero y autónomo procedimiento de inspección. Hasta este momento, la mayoría de las actividades inspectoras podían insertarse en un procedimiento ya iniciado de ejercicio de otra potestad administrativa, generalmente la autorizada, constituyendo un típico acto de instrucción, en el sentido legal de que tiene por objeto la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Como más adelante se reflexionará, no resulta tan evidente que constituya un verdadero procedimiento ya que más bien parece que, cuando la Administración dicta actos formales de inspección, éstos son autónomos de un procedimiento administrativo resolutorio estricto sensu. (Sobre este tema se volverá más adelante).

En segundo lugar, muy relacionado con lo anteriormente apuntado, ha influido que el Estado se haya replegado en su papel de gestor y correlativamente haya aumentado su papel de ordenador y garante. En este sentido, como ha señalado oportunamente BERMEJO VERA, las tendencias de liberalización de la economía o de reducción del intervencionismo administrativo inclinan la balanza del lado de la abstención de las Administraciones Públicas en las prestaciones directas (servicios públicos en régimen

173 DOUE núm. 376, de 27 de diciembre de 2006.

174 REBOLLO PUIG, M., "La actividad inspectora", en *La función inspectora*, DIEZ SÁNCHEZ, J. J., (Coord.), INAP, 2013, p. 57.

175 FUEYO ÁLVAREZ, J. F., "La doctrina de la Administración de facto", en *Revista de Administración Pública*, número 2 (mayo-agosto 1950), páginas 35 a 56.

176 TORNOS MAS, J., "La simplificación procedimental en el ordenamiento español", en *Revista de Administración Pública*, núm. 151, 2000, p. 74.

de gestión directa), o indirectas (servicios prestados por concesionarios), pero con la compensación lógica del incremento de la función o actividad de inspección de las actividades “reconvertidas” o “abandonadas”¹⁷⁷. Al respecto RIVERO ORTEGA señala, con razón, que cuanto mayor sea el volumen de actividades privatizadas o despublizadas, mayores serán las necesidades de control de estas¹⁷⁸.

En tercer lugar, otra de las razones del considerable interés en nuestro país sobre la función de inspección tiene que ver con el hecho de que, el ámbito cubierto por la actuación administrativa sancionadora es más amplio que en otros países y, en consecuencia, donde en éstos basta la investigación judicial de los delitos, entre nosotros es muchísimo lo que depende de la inspección administrativa de las infracciones.

Puede constatarse que, como consecuencia de lo anterior, desde hace algunos años, se está incrementado la visión de la inspección más como una forma de perseguir la adhesión del sujeto obligado para que cumpla con la legalidad vigente (fomentando las tareas de asesoramiento) que, como actividad que tiene como único fin la sanción (mediante la apertura posterior del correspondiente procedimiento sancionador). La inspección, como sostiene GARCÍA URETA, va más allá de la simple punición. Es esta una perspectiva superadora que ha venido quedando patente en algunas normas sectoriales¹⁷⁹. El binomio regulación/sanción se encuentra pues, en retroceso. Hoy día, se persigue la adhesión del ciudadano o del destinatario de la norma, no simplemente la imposición del marco jurídico y, en caso contrario, la aplicación de la correspondiente sanción¹⁸⁰.

Este cambio tan profundo se encuentra propiciado por la eclosión, entre otros aspectos, de los conceptos de gobernanza y 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. Así, CERILLO 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 valor¹⁸¹. La administración ha ido desvistándose, pues, de su naturaleza imperativa para adoptar nuevas formas de actuación centradas en la negociación y la concertación, la persuasión mediante incentivos, la sugerencia y la prevención. Esa actividad informal de la Administración funcionaria a modo de elemento facilitador del sistema, ya sea: cubriendo los espacios dejados por los procedimientos que rigen la actuación formalizada y facilitando así la consecución de los objetivos de éstos, ya sea haciendo evolucionar las formalidades –los procedimientos, en definitiva– previstos normativamente. Igualmente, la actuación informal se presenta, en algunos casos, como alternativa y acaba sustituyendo a la actuación formalizada cuando el ordenamiento jurídico no prevé específicamente una forma de actuación concreta. En este sentido, ya se analizó en el capítulo 2 el importante papel que pueden y deben jugar las plataformas colaborativas y su necesaria colaboración con las tareas de inspección realizadas por las administraciones públicas sobre viviendas de uso turístico.

Este nuevo contexto está provocando la redefinición del papel de las administraciones, entre ellas las turísticas, ya que se vienen viendo obligadas a reorganizar sus recursos humanos y materiales para actuar en un contexto en donde los controles preventivos se han reducido enormemente y los emprendedores pueden comenzar a desarrollar actividades turísticas desde el momento en que se produce la comunicación o declaración responsable.

La protección de los intereses generales afectados por las comunicaciones habilitantes requiere el más diligente e intenso ejercicio por la Administración de las funciones de comprobación e inspección. Para ello es necesario tanto planificarlas y programarlas adecuadamente, como dotarse de los recursos humanos especializados en el desarrollo de esas tareas de control, y los medios materiales que sean precisos¹⁸². La Administración, en definitiva, debe ejercer un papel totalmente proactivo.

177 BERMEJO VERA, “La Administración Inspectora”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998, p. 42.

178 RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 28.

179 Por ejemplo, en el Reglamento de Ordenación de Transportes Terrestres, se establece en su art. 14.2 que “los Servicios de Inspección, además de sus funciones de control del cumplimiento de la legalidad vigente, asesorarán y colaborarán con las Empresas de transporte para facilitar el cumplimiento de dicha legalidad”, RD 1211/1990, de 28 de septiembre, BOE 8 octubre 1990, núm. 241. También la Ley de Turismo de la Región de Murcia, en su art. 44.1.c) resalta entre las funciones de la inspección la actividad consultiva. Establece así que será misión de la inspección “informar a los sujetos que desarrollan actividades turísticas sobre el cumplimiento de la normativa en la materia, de forma que la actuación inspectora se oriente preferentemente a los aspectos preventivos y consultivo”. Ley 12/2013, de 20 de diciembre, BO. Región de Murcia 24 diciembre 2013, núm. 296.

180 GARCÍA URETA, A., *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, 2006, p. 15.

181 CERILLO I MARTÍNEZ, A., “La participación en los órganos colegiados en la administración en red”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 90, 2011, p. 85.

182 BLANQUER CRIADO, D., *La inspección (de actividades autorizadas o comunicadas)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 30.

II. La relevante potestad de la inspección: recabar información

La actividad de inspección de la Administración no es únicamente una actividad material o técnica, la Administración no es sólo una mera observadora de la realidad que se encuentra directamente a su alcance¹⁸³, sino que es una actividad que demuestra la gran supremacía e imperium de las Administraciones. Esta situación de supremacía de la Administración se basa y manifiesta en la imposición de ciertos deberes para con la inspección, concretamente el deber de atender o de soportar la inspección. Así, la Administración, para conocer los hechos que le interesan necesita que se le facilite información o por lo menos que se le permita acceder a ella.

De esta afirmación se deducen dos tipos de deberes para el inspeccionado que surgen de la actividad inspectora. En primer lugar, el deber de soportar o dejar hacer a la Administración o, como expresan claramente algunas normas "facilitar esa acción de la inspección". En este caso, la Administración pasa directamente a realizar la actividad material como por ejemplo acceder a la información de las plataformas web y, por tanto, no dicta ningún acto administrativo, como no sea la simple decisión, normalmente solo implícita -acto tácito- de actuar. La determinación del régimen aplicable (requisitos formales, modo de ejecución, posibilidad de impugnación, etc.) a esta actividad material inspectora que se caracteriza por permitir a la inspección pasar directamente a la acción sin más acto previo que el tácito de decidir actuar, presenta mucha dificultad, siendo sumamente complicado y arduo. Como bien afirma REBOLLO, "aunque nada de ello es totalmente desconocido para la teoría general, sí que se adentra en sus partes más oscuras e inseguras, las de los actos tácitos, las actividades informales y las de la coacción instantánea y directa"¹⁸⁴.

En segundo lugar, las actividades de inspección también pueden dar lugar a un nuevo deber de hacer por parte del inspeccionado que puede consistir en el suministro de documentos, contestar preguntas, etc. A estos nuevos deberes las normas los suelen denominar "requerimientos" que bien pueden ser escritos -concediendo un plazo para su cumplimiento- u orales y de cumplimiento inmediato.

Estas potestades normalmente afectan al inspeccionado, entendiéndose por tal aquel cuya observancia de la legalidad quiere conocerse, pero, en ocasiones recaen sobre un tercero (otro sujeto privado o público) que, por las razones que sean, puede facilitar lo necesario para investigar el comportamiento de otro. Este es el caso de las plataformas colaborativas que deben soportar las actividades de inspección.

Esta potestad de solicitar información puede estar completada con la de adoptar medidas provisionales con el objeto de asegurar la investigación, por ejemplo, para impedir la destrucción, desaparición o alteración de la documentación que serán la prueba futura en el procedimiento sancionador de que se ha cometido una infracción. En este sentido, a nuestro modo de ver, nada impediría que la Administración dirigiera un requerimiento a las plataformas con el fin de que no actualicen ni varíen la información que obra en su poder sobre determinada vivienda de uso turístico que está siendo objeto de inspección y que, por ejemplo, se anunciaba en la plataforma, sin la correspondiente información sobre el número registro. Así mismo, como se comentó en el capítulo 2, podrá requerir a la plataforma que retire determinado anuncio de una vivienda de uso turístico que no cumple con la normativa.

El ejercicio de todas estas actividades permite a la Administración recabar la información necesaria que le interesa, que tendrá valor probatorio en los procedimientos sancionadores posteriores.

183 Aunque, en efecto, tiene un alto componente de actividad técnica. Vid. BLANQUER, CRIADO, D., *Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el Derecho administrativo "taking facts seriously"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 199.

184 REBOLLO PUIG, M., "La actividad...", *ob. cit.*, pp. 60 y 61.

III. Procedimiento de inspección

1. Procedimiento de inspección versus procedimiento sancionador. Deslinde

No podemos reducir el procedimiento inspector a un simple procedimiento auxiliar o instrumental del procedimiento sancionador ya que su función no es únicamente correctora –preparatoria de la reacción administrativa ante eventuales incumplimientos¹⁸⁵–, sino que también, esta potestad inspectora sirve a otras distintas potestades administrativas relacionadas con la prevención de riesgos o el restablecimiento de la legalidad y de aseguramiento de los intereses generales y nada de esto último tiene carácter sancionador. Por lo tanto, la actividad de inspección no es sólo auxiliar de la sancionadora. En este sentido, se ha venido manifestando el Tribunal Supremo que considera que las actuaciones de inspección no cabe considerarlas como diligencias preparatorias ya que “esta calificación supone distorsionar el significado jurídico de las medidas de inspección, dando por sentado, de modo gratuito, que el significado de éstas viene desde el inicio preordenado a un expediente sancionador”. El alto tribunal confirma así el significado conceptualmente autónomo de las medidas de inspección¹⁸⁶.

Como bien destaca BLANQUER CRIADO, la inspección cumple una función disuasoria de quienes incumplirían las normas si no existiera un control organizado para verificar su efectiva observancia en la práctica cotidiana. En este sentido, cabe llamar la atención sobre el hecho de que la inspección no es una actividad instrumental al servicio de la potestad sancionadora. La actividad inspectora tiene sus propios fines y funciones pues sirve para garantizar la efectiva vigencia de las normas imperativas o prohibitivas. En algunas ocasiones, la inspección puede dar paso al posterior ejercicio

de potestad sancionadora, pero el acta o atestado en la que se documenta el resultado de la labor inspectora no es un trámite preparatorio del posterior procedimiento sancionador. El acta de inspección no es un documento inconcluso –pendiente de ser completado en el expediente sancionador–, sino que se trata de un documento con sustantividad propia. La comprobación de unos hechos irregulares o antijurídicos por la inspección puede determinar la posterior incoación de un procedimiento sancionador, pero no por ello se convierte al acta o atestado de inspección en una medida previa al expediente sancionador, pues la finalidad perseguida es supervisar y comprobar la obediencia al Derecho¹⁸⁷. Como afirma GARCÍA URETA, la potestad de inspección no es equivalente a la sancionadora, ni constituye (al menos en todo caso) un *prius* de ella, ni puede subsumirse como una especie de aquella¹⁸⁸. Estamos ante una función preventiva o en su caso, como se ha afirmado antes, disuasoria, pues la finalidad que se persigue con la inspección es prevenir o disuadir a los ciudadanos de la infracción de las normas o la inobservancia de las decisiones administrativas. Así, la potestad sancionadora cumpliría una función represiva.

En definitiva, la potestad inspectora es distinta de la sancionadora, aunque se encuentre vinculada a ella¹⁸⁹. No es un apéndice de la sancionadora, aunque pueda (y deba) servir para su ulterior ejercicio. De esta forma, entendemos que el objetivo real de la potestad inspectora debería ser el lograr que no se tenga que abrir un procedimiento sancionador que acabe en sanción. Así, la sanción es la última ratio del Estado, quien sólo debe acudir a ella, como oportunamente señala NIETO, “cuando no se pueden utilizar otros medios más convincentes para lograr que los particulares cumplan las órdenes y las prohibiciones”¹⁹⁰. Esta misma postura es seguida por la mayoría de la doctrina como REBOLLO PUIG¹⁹¹ y ALENZA GARCÍA¹⁹².

En nuestro país, las Leyes autonómicas en materia de turismo determinan que la función del inspector de turismo

185 Así lo afirma contundentemente REBOLLO PUIG, M., “La actividad inspectora”, en *La función inspectora*, DIEZ SÁNCHEZ, J. J., (Coord.), INAP, 2013, p. 58.

186 Incluso, afirma el TS, es posible que la inspección sirva, no ya para que la Administración ejerza sus potestades, sino para preparar sus actuaciones procesales civiles (así, ejercer acciones contra cláusulas abusivas, publicidad engañosa, etc. SSTs de 17 febrero de 2004 (RJ 2004/2226) y 17 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8367).

187 BLANQUER CRIADO, *La inspección...*, ob. cit., p. 84.

188 GARCÍA URETA, A., *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 35.

189 Para algunos autores, en exceso. Vid. REBOLLO PUIG, M., “Inspección y régimen sancionador”, en LOZANO CUTANDA (Dir.), *Comentario a la Ley del Ruido: Ley 37/2003, de 17 de noviembre*, Civitas, Madrid, 2004, p. 293.

190 NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005.

191 REBOLLO PUIG, M., “La actividad inspectora”, en *La función...*, Ob. cit., p. 58.

192 ALENZA GARCÍA, J. F., “Potestad de inspección”, en MUÑOZ MACHADO (Dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005, p. 180.

consiste en tomar nota de los hechos que presencia, levantar acta, y remitirla al órgano competente para iniciar un procedimiento administrativo sancionador. En este sentido, la actuación del inspector de turismo no estaría comprendida en el procedimiento administrativo, pero –siendo previa– sí excita el procedimiento sancionador, que debe discurrir por todas sus fases, de inicio, instrucción y resolución. En cualquier caso, la actividad del inspector es una actividad independiente del procedimiento sancionador. Como afirma BAUZÁ MARTORELL, la función inspectora se haya comprendida dentro de una función más amplia, propia de la intervención administrativa, que consiste en la disciplina turística. En esta disciplina subyace la idea de control; el inspector se asegura del cumplimiento de la normativa sectorial y, en su caso, formula denuncia para iniciar un procedimiento administrativo sancionador que eventualmente finalice con una resolución sancionadora¹⁹³.

2. ¿Existe un verdadero procedimiento inspector? Y, en su caso, ¿sería necesaria la existencia de un procedimiento inspector formalizado?

A) El procedimiento inspector –secuenciación ordenada de trámites formales–. No existe regulación formal de este procedimiento

Una de las primeras cuestiones a considerar es si la inspección requiere la existencia de un procedimiento administrativo formalizado o, si en rigor, se trata de meras actuaciones materiales donde no hay procedimiento formal de inspección.

La consagración constitucional del procedimiento administrativo es una conquista del Estado de Derecho ya que la regulación procedimental ayuda a la realización de los derechos fundamentales. El ejercicio de potestades, como afirma RIVERO, ha de estar procedimentado. El régimen de todo procedimiento administrativo se mueve entre la eficacia de la Administración y la protección de los derechos de los afectados, así, toda regulación procedimental de actuación administrativa debe buscar un punto de equilibrio entre la funcionalidad y la tutela. Naturalmente, los procedimientos de inspec-

ción deben respetar y tener en cuenta esta naturaleza bifronte del procedimiento administrativo por lo que es preciso desarrollar procedimientos de inspección eficaces y garantistas¹⁹⁴.

Lo cierto es que no hay en nuestro ordenamiento jurídico estatal –dejando de lado los regímenes especiales o sectoriales como la inspección tributaria o laboral– una regulación general de las actuaciones materiales y formales de la inspección administrativa. Ni la antigua LPAC 30/1992, ni tampoco la vigente 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común (tampoco la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público) establecen reglas comunes y básicas para la actividad inspectora¹⁹⁵. Se omite introducir en la Ley determinados principios de la actuación inspectora, a diferencia del ejercicio de la potestad sancionadora (capítulo III, Título Preliminar, Ley 40/2015 del Sector Público). Únicamente se establece la imposibilidad del interesado de oponerse a la aportación de documentos cuando esta se exigiera en el marco del ejercicio de las potestades de inspección¹⁹⁶. En las normas sectoriales se alude a la inspección desde la perspectiva de la potestad, pero no desde la óptica procedimental. Hay normas que se refieren al procedimiento de inspección, aunque, en realidad, describen sólo algunas actuaciones. Se trata de normas que regulan algunos aspectos de la inspección de manera fragmentaria e insuficiente en su contenido. Además, son injustificadamente diferentes entre sí. Para REBOLLO PUIG, ya no es sólo que las potestades de las inspecciones y formas de actuar sean sorprendentemente diversas de un sector a otro, sin más causa aparente que el capricho de las normas o su deficiencia técnica, sino que, incluso dentro de un mismo sector de actuación administrativa, tienen una diversidad excesiva en cada comunidad autónoma.

Tampoco hay, como sostiene BLANQUER, una regulación de la secuencia estandarizada de los trámites que siempre deben despacharse, o los plazos que deben cumplirse uniformemente en todas las actuaciones de inspección. En sí, el procedimiento, como afirma BERMEJO VERA, “suele estar regulado deficientemente, aunque creo que de forma deliberada”¹⁹⁷.

193 BAUZÁ MARTORELL, F., *Intervención administrativa, Turismo y Medios Técnicos*, Disponible en: https://nanopdf.com/download/intervencion-administrativa-turismo-y-medios-tecnicos_pdf

194 RIVERO ORTEGA, R., *El estado vigilante*, Tecnos, 1999, p. 164.

195 Ley 39/2015, de 1 de octubre 2015, BOE núm. 236 y Ley 40/2015, de 1 de octubre de 2015, BOE 2 octubre 2015, núm. 236.

196 Art. 28 Ley 39/2015, *ibidem*.

197 Sin embargo, en algunos supuestos la regulación es extremadamente detallista como en el ámbito tributario. BERMEJO VERA, J., *La Administración...*, *ob. cit.*, p. 55.

Lo cierto es que esta situación resulta irracional y confusa. La defectuosa regulación tiene el doble efecto de dificultar gravemente la eficacia de la administración y, al mismo tiempo, la seguridad y garantía de los ciudadanos.

B) Rasgos de las actuaciones de inspección

Veamos, pues, cuáles pueden ser las razones –deliberadas o no– que han llevado a optar por no regular el procedimiento inspector. Para ello, debemos analizar previamente cuáles son los rasgos jurídicos más relevantes de las actuaciones de inspección.

a) La mayoría son actividades materiales

La función de supremacía que implica la potestad inspectora se ejerce sobre todo desarrollando actuaciones materiales –de averiguación o comprobación de datos e informaciones–, más que dictando actos formales –como las diligencias o las actas de inspección–. La función inspectora no se ejerce mediante la tramitación en los despachos de un procedimiento formal que se incorpora a un expediente, sino, más bien, realizando sobre el terreno actuaciones materiales de averiguación y comprobación tales como: las visitas de inspección realizadas in situ, la recopilación de documentos, la toma y recuento de datos, o las tomas de muestras para después analizarlas en un laboratorio.

Como señala VELASCO RICO, la actividad material de la Administración no debe tenerse por una categoría dogmática de segundo nivel o de menor rango en relación con la actuación administrativa formalizada y merece una atención doctrinal destacada¹⁹⁸. La actividad material se ha definido, por exclusión, como un elemento que no queda amparado en la categoría de acto administrativo.

b) Los actos formales que se producen en la inspección son autónomos de un procedimiento administrativo resolutorio

Consideramos que la noción de procedimiento administrativo, como bien destaca FANLO LORAS, “hace refe-

rencia a ordenación de una serie de actos cuyos efectos jurídicos están vinculados entre sí para la producción de una decisión administrativa”¹⁹⁹. También parece que de la CE se desprende esta misma idea –la visión de que el procedimiento está diseñado para la producción de un acto– en su art. 105.c) donde establece una reserva de ley para la regulación del “procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos”. Así, la consideración del procedimiento como cauce formal de la serie de actos para la adopción de una determinada resolución no se adecuaría al ejercicio de la potestad inspectora que, en sí misma, no vendría a dar paso a una resolución. Como se verá más adelante, ésta es la postura de la mayoría de la doctrina.

Es cierto que la Administración cuando ejerce la potestad inspectora dicta actos, pero estos, por regla general, no poseen la virtualidad directa de ser actos que pongan fin a un procedimiento, esto es, que terminen con una decisión administrativa que resuelva el fondo de un asunto –art. 88 LPAC 39/2015–²⁰⁰. Al concluirse las actividades de inspección, pueden ocurrir varias cosas: puede iniciarse después un procedimiento de restablecimiento de la legalidad vulnerada, un procedimiento sancionador o, el archivo del asunto cuando se comprueba la obediencia al Derecho. La gran mayoría de la doctrina es de la misma opinión. Así, para BLANQUER CRIADO, el resultado de la inspección 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”²⁰¹.

El desarrollo de la función inspectora conlleva la exteriorización de declaraciones que son 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 conocimiento²⁰². Es más, para BLANQUER CRIADO, los actos formales que se dan dentro de la actividad inspectora son autónomos o total-

198 VELASCO RICO, C., “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, 2022.

199 FANLO LORAS, A., “Disposiciones Generales sobre los Procedimientos Administrativos: Iniciación, Ordenación e Instrucción”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, J., (dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Lex Nova, Valladolid, 2001*, p. 214.

200 GARCÍA URETA, A., *La Potestad...*, ob. cit., p. 132.

201 BLANQUER CRIADO, D., *La inspección...*, ob. cit.

202 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso... I*, ob. cit. p. 537.

mente independientes²⁰³, ya que son dictados al margen de un procedimiento resolutorio.

c) Al tratarse de actuaciones que no se dan dentro de un procedimiento estricto sensu, no le son aplicados determinados principios del procediendo administrativo (contradicción)

Los administrados no tienen aún derecho de defensa de forma que no pueden hacer alegaciones ni proponer pruebas, aunque sea posible que las actuaciones inspectoras den lugar a la incoación del procedimiento inspector. Así, cuando el funcionario redacta el atestado o acta de inspección con el resultado de sus actuaciones, no hay un trámite previo de audiencia al interesado que permita abrir a contradicción el resultado de las averiguaciones (art. 82 LPAC 39/2015), pues este documento se despacha de manera totalmente unilateral. De hecho, la eventual firma por el interesado del atestado de la inspección, ni comporta la aceptación del relato fáctico que se contiene en ese documento oficial, ni tampoco equivale al cumplimiento del trámite de audiencia.

De hecho, para la jurisprudencia, medidas cautelares como la paralización y cese de una actividad carente de licencia no requieren la realización de la audiencia al interesado "pese a que sea aconsejable, aun en hipótesis como esta, su realización"²⁰⁴. De ahí que, en ausencia de una resolución propiamente dicha, el interesado no vea

mermado, en principio, su derecho de audiencia. No se pueden trasladar, sin más, las garantías procedimentales al ámbito de la inspección. No obstante, en algunos sectores se han consagrado mecanismos para que el inspeccionado pueda contradecir los análisis realizados por la Administración²⁰⁵.

Es más, al no formar parte la actividad inspectora del procedimiento, el particular no tiene derecho a conocer de qué manera la Administración turística hizo acopio de tales datos, si de forma lícita o ilícita²⁰⁶. Pensemos en un acta o informe de inspección donde se constate la comisión de una irregularidad por parte del titular de la actividad de vivienda de uso turístico fruto del uso de una actividad inspectora automatizada.

No existe, por tanto, un procedimiento inspector por lo que no son trasladables, en principio, a este ámbito las garantías típicas del procedimiento administrativo. No obstante, parte de la doctrina opina, como FERNÁNDEZ RAMOS, que eso no significa que el administrado se encuentre huérfano de garantías jurídicas, sino que deben considerarse vigentes durante esta fase previa alguna s garantías jurídicas imprescindibles para que los derechos de defensa del administrado no queden irremediablemente comprometidos en un eventual procedimiento posterior²⁰⁷. Así, debía reconocerse el derecho a ser informados, al inicio de las actuaciones de comprobación e

203 Afirma que no es conceptualmente riguroso decir que todos los actos formales se dictan a través de la sustanciación de un procedimiento burocrático. Además de los "actos de trámite" y los "actos resolutorios", hay que ponderar la existencia de los "actos autónomos o independientes", que son los que se dictan al margen de un procedimiento resolutorio. Ej. Cuando un funcionario que tiene la consideración de autoridad requiere a la persona inspeccionada que le aporte determinada documentación; también cuando ese mismo funcionario formula el atestado o acta de inspección; tanto ese requerimiento como el atestado son actos administrativos autónomos o independientes de la tramitación de un procedimiento resolutorio.

204 STS de 31 de enero de 2001, STS 568/2001, de 31 de enero de 2001 (ECLI:ES:TS:2002:568)

205 RD 1945/1983 sobre el Régimen Sancionador en Materia de Defensa del Consumidor y Producción Agroalimentarias, donde, sobre el análisis de productos, prevé un análisis general, otro contradictorio y, finalmente, otro dirimente, los dos últimos con participación del inspeccionado. Art. 16.3: 3. "Cuando del resultado del análisis inicial se deduzcan infracciones a las disposiciones vigentes, se incoará expediente sancionador de acuerdo con el procedimiento contenido en la presente disposición. En este caso, y en el supuesto de que el expedientado no acepte dichos resultados, sin perjuicio de acreditar lo que convenga a su derecho por cualquier medio de prueba, podrá solicitar del instructor del expediente, la realización del análisis contradictorio", BOE 15 julio 1983, núm. 168; RD 1977/1988, Reglamento de metales preciosos, art. 36, BOE 10 marzo 1988, núm. 60; O lo establecido para la prueba de alcoholemia: "Si la prueba es positiva (impregnación alcohólica superior a 0,80 gramos por 1.000 cm³ de alcohol en sangre) el interesado tiene derecho a una segunda prueba con aparato de precisión, así como a la contrastación de los resultados por análisis clínicos (artículo 4 de la Orden de 29 de julio de 1981)". "Dada la imposibilidad de su reproducción en el juicio oral ha de estar rodeada de las máximas garantías de fiabilidad, por lo que se infringe el derecho a la defensa del interesado: Si no fue informado por los agentes policiales de las posibilidades que la reglamentación vigente le ofrece de solicitar la práctica de una segunda medición y del análisis de sangre, deber que ha de entenderse derivado del artículo 24,2. de la Constitución -Sentencias del Tribunal Constitucional de 3-10-1985, fundamento jurídico 2; 28-10-1985, fundamento jurídico 2", Circular 2/1986, de 14 de febrero, sobre prueba de alcoholemia como integradora del tipo definido en el art. 340 bis A del Código Penal, Fiscalía General Estado, B. Información M.^º Justicia 31 diciembre 1986, núm. 24-suplemento.

206 A pesar de que el art. 53.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, reconoce el derecho de los interesados a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesado, y el acceso y a la obtención de copias de los documentos obrantes en el expediente.

207 FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, Granada 2002, p. 357.

investigación llevadas a cabo por la inspección acerca de la naturaleza y alcance de estas²⁰⁸. Así mismo, podría reconocerse el derecho a poder recusar a los inspectores ya que una característica del inspector es precisamente su imparcialidad²⁰⁹. También podría reconocerse el derecho de acceder a la documentación administrativa durante esta fase preliminar porque las actuaciones inspectoras no dejan de constituir un proceder de la Administración que afecta a una persona, de tal modo que la atribución a dichas actuaciones de un carácter reservado sólo está justificada en los casos en los que sea necesario para finalidades de la investigación preliminar.

Así, la comprobación de unos hechos irregulares o antijurídicos por parte de la inspección, aunque pueda comportar la apertura de un procedimiento sancionador posterior, no convierte el acta de inspección en una medida previa al expediente sancionador ya que, como se ha dicho anteriormente, la finalidad de la actividad inspectora es simplemente la supervisión de la obediencia al Derecho. De ahí que, al realizarse una visita de inspección no exista obligación jurídica de alertar o avisar previamente al futuro inspeccionado. De hecho, la sorpresa es en muchos casos necesaria para que la inspección tenga posibilidades de conocer la realidad. Así, numerosas normas establecen que puede o hasta debe realizarse la inspección sin previo aviso, ya que parece conforme a la naturaleza de las cosas y a las exigencias mínimas del interés general. No obstante, debemos comentar sobre esta cuestión que, en algún ámbito, se ha impuesto el previo aviso²¹⁰.

También se pueden realizar inspecciones sin la presencia del inspeccionado estando presente, por razones estrictamente materiales, un tercero relacionado con aquel que en cualquier caso es una persona que no lo representa ni lo defiende ni puede emitir declaración en nombre suyo²¹¹.

Y con mayor razón, como afirma REBOLLO PUIG, se debe admitir que la inspección puede pedir declaraciones o datos a un tercero –en el caso que nos ocupa, las plataformas–, o a otra Administración, sin que lo sepa el inspeccionado²¹².

También es posible que el inspector, en la visita de inspección, no alerte o avise al inspeccionado de la posibilidad de que, con posterioridad, se podría llegar a incoar un procedimiento sancionador, en el caso de detectarse una infracción merecedora de castigo como consecuencia del desarrollo de las labores inspectoras. Así, la STS de 17 de febrero de 2004 afirma que: “las actas son aquellos documentos públicos que extienden los funcionarios públicos, normalmente de los diversos cuerpos de inspección, y cuya esencia consiste en la constatación de hechos... Las actas no son documentos inconclusos..., no son un elemento del procedimiento sancionador...son el resultado de las actuaciones de comprobación e investigación, pudiendo incluso contener una propuesta de actuación. Desde tal perspectiva no son documentos inconclusos o inacabados”²¹³.

Tampoco la inspección, como sostiene REBOLLO PUIG, está sometida a las reglas sobre duración máxima de los procedimientos ni, en general, esto tendría sentido porque de ordinario cada actuación inspectora es una unidad en sí misma²¹⁴.

De esta forma, no serían de aplicación el derecho de audiencia ni el deber de resolver en plazo, ya que, en el caso de la inspección, como se ha visto con anterioridad, no existiría una resolución en sentido propio. No obstante, como haremos notar más adelante, ello no debe significar que las actuaciones de inspección queden relegadas, como muy gráficamente denomina FERNÁNDEZ RAMOS, a

208 Como ya lo hacía para el procedimiento de inspección tributaria la derogada Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, art. 27.

209 Este derecho es reconocido por alguna norma como la derogada Ley 42/1997 de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, art. 12.

210 Por ejemplo, en la Ley 49/2007, de infracciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de discapacitados, art. 14: “Todas las personas físicas y jurídicas tienen el deber de facilitar la labor de los órganos y autoridades para la aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, aportando en un plazo razonable los datos, documentos, informes o aclaraciones que, siendo necesarias para el esclarecimiento de los hechos, les sean solicitadas, y facilitando, previo aviso, el acceso a sus dependencias, salvo que éstas coincidan con su domicilio, en cuyo caso deberá obtenerse su expreso consentimiento o el mandato judicial correspondiente”. Ya derogada por el Real Decreto Legislativo núm. 1/2013, de 29 de noviembre.

211 FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa...*, ob. cit., p. 522.

212 REBOLLO PUIG, M., “La actividad...”, ob. cit., p. 72.

213 En este mismo sentido STS 17 noviembre de 1993 (RJ 1993/8367) y STS de 17 febrero 2004 (RJ 2004/2226)

214 Esto sería cierto tanto para el ejercicio de las potestades inspectoras que permiten a la Administración actuar para procurarse por sí misma información como para aquellas que le permiten imponer nuevos deberes de hacer al administrado mediante requerimientos que, a su vez, se dictan de plano sin ningún procedimiento previsto y, por tanto, sin audiencia ni ninguna otra forma de que el requerido haya podido discutir previamente su legalidad. Estos requerimientos, producidos incluso verbalmente, tampoco son actos de trámite en otro procedimiento, pues no existe aún otro procedimiento en el que insertarlos. Vid. REBOLLO PUIG, M., “La actividad...”, ob. cit. p. 72.

una fase de penumbras²¹⁵ en la que los interesados se encuentren desprovistos de garantías jurídicas.

d) Fases del procedimiento administrativo formal que no tienen sentido en el contexto del ejercicio de la función investigadora

Hay algunas fases del procedimiento administrativo formal que no tienen sentido en el contexto del ejercicio de la función inspectora, como es el caso de las pruebas que se practican de manera contradictoria para resolver una controversia sobre los hechos relevantes. Como dijimos, la inspección no es una actividad de recopilación y práctica anticipada de unas pruebas que después pueden utilizarse en un procedimiento sancionador. Como destaca BLANQUER, la recopilación de material fáctico tiene un protagonismo estelar en el ejercicio de la función inspectora, pero en rigor se trata de una actuación inquisitiva (art. 75.a LPAC 39/2015) y en su desarrollo no hay un trámite probatorio abierto a la contradicción del interesado²¹⁶.

C) Conclusiones. ¿Es necesaria la existencia de un procedimiento inspector formalizado? Y, en su caso, ¿qué características debería tener? ¿O es mejor hablar de actividades de inspección en vez de procedimiento inspector?

La doctrina mayoritaria ha venido señalando que la actividad inspectora no se adecúa habitualmente a la noción de procedimiento en el sentido de dirigido a la adopción de una determinada decisión, aunque de ella, como afirma GARCÍA URETA, se pueda derivar un acto que produzca efectos –positivos o de gravamen–²¹⁷. Así, FERNÁNDEZ RAMOS considera que las actuaciones inspectoras no constituyen un procedimiento administrativo en sentido estricto, por ello es inexacto hablar de un procedimiento inspector, pues se trata de actuaciones instrumentales o vinculadas a un procedimiento principal.

Resulta muy clarificadora la opinión de REBOLLO PUIG que establece que las actuaciones inspectoras se acometen sin que ni siquiera exista una sospecha de incumplimiento sino para vigilar en general la observancia de las normas y “no están sometidas necesariamente a las reglas y principios del procedimiento administrativo propiamente dicho, en especial al principio de contradicción, ni los administrados tienen los derechos que sí les asisten en él”.

No obstante, la opinión contraria se encuentra extendida. RIVERO YSERN entiende que “por imperativos del art. 105. c) CE, la actividad administrativa, y evidentemente la de inspección, debe producirse a través de un procedimiento donde queden garantizados los derechos de los administrados”²¹⁸. Por su parte, RIVERO ORTEGA aboga por la construcción de una teoría general del procedimiento de inspección sobre la base que ofrece la ley de procedimiento administrativo ya que “se debe aplicar a todas las Administraciones Públicas ayudando así a reconducir las múltiples normas especiales que regulan la realización de actividades de inspección muy distintas a algunas reglas jurídicas perfectamente generalizables”²¹⁹. En este mismo sentido AMENOS ÁLAMO²²⁰ y CHINCHILLA MARÍN destacan la necesidad de una regulación general de la inspección²²¹.

Lo cierto es que la regulación procedimental de la actuación administrativa debe buscar un punto de equilibrio entre la funcionalidad y la tutela. Naturalmente, los procedimientos de inspección deben respetar y tener en cuenta esa naturaleza bifronte del procedimiento administrativo, lo que significa que es preciso desarrollar procedimientos de inspección eficaces y garantistas haciendo conciliar la eficacia de la actuación de la inspección con las garantías de los ciudadanos y la necesidad de un actuar de la Administración Pública que perturbe en la menor medida posible la vida de los administrados. Así, el legislador puede procedimentar todas o ciertas ramas de la inspección en la medida que lo considere oportuno. Lo ha hecho en cier-

215 FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, Granada, 2002, p. 109.

216 No obstante, alguna norma sectorial establece un trámite que permite al interesado contradecir los hechos o los datos que resultan de las actuaciones de la inspección. Por ejemplo, en una actuación de inspección de sanidad o seguridad alimentaria, cabe pedir un contraanálisis de las muestras tomadas por la Administración, pero solo cuando la inspección deriva después en un procedimiento sancionador. Así arts. 15 y 16 del Reglamento sobre Régimen sancionador en materia de defensa del consumidor y producción agroalimentaria, RD 1945/1983, de 22 de junio, BOE 15 julio 1983, núm. 168.

217 GARCÍA URETA, A., *La potestad inspectora...*, ob. cit., p. 134.

218 RIVERO YSERN, E., “El procedimiento en la Inspección de Consumo. Obstrucciones a la Inspección”, en VV. AA., *Ponencias. Curso de Inspectores 1990*, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1992 y RIVERO ORTEGA, ob. cit., p. 163.

219 RIVERO ORTEGA, R., *El Estado Vigilante*, ob. cit., p. 164.

220 AMENOS ÁLAMO, J., *La inspección urbanística...*, ob. cit., p. 223

221 CHINCHILLA MARÍN, C., “El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 10/2014”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 102. p. 56.

tos sectores, aunque, en la mayoría de los casos, se trata de una procedimentalización parcial.

A nuestro modo de ver, debería reconocerse el sometimiento de la actividad inspectora a reglas formales –no sé si a un procedimiento general– que reconducirían a la unidad a las normas sectoriales e, incluso, otras de carácter general o que se derivan de la propia Constitución y de los derechos fundamentales. La regulación ha sido hasta ahora, muy caprichosa, como ejemplos aportamos los siguientes, que ya fueron comentados con anterioridad: en algún ámbito se ha impuesto el previo aviso, se han consagrado mecanismos para que el inspeccionado pueda contradecir los análisis realizados por la Administración, incluso, a veces, se impone también la motivación tanto de la iniciación de las concretas inspecciones como de los requerimientos, se trata de una exigencia débil pero habitual en las normas sectoriales. Sobre este último aspecto, paralelamente, el TS está exigiendo la motivación, afirmando que “el requerimiento de información debe estar jurídicamente motivado; aún más, debe cumplir con la

previsión de individualización que el tipo de información demandada exige, debiendo concurrir una justificación específica y suficiente que lo fundamente”²²².

En definitiva, a pesar de que se suele predicar de la inspección su carácter técnico o material, esto no implica la ausencia de requisitos de carácter jurídico, aunque tampoco supone que debe necesariamente ser procedimentalizada²²³. El legislador puede entonces regular los estadios procesales correspondientes que crea oportunos.

Ciertamente, como ya señalaba BERMEJO VERA, las funciones inspectoras “ni son ilimitadas, en tiempo, forma y alcance, ni pueden ejercerse libre o discrecionalmente de modo absoluto, ni son practicables en todo el ámbito o materia o sector en que son factibles jurídicamente, ni son exigibles por terceros ad libitum. Por supuesto, tampoco pueden vulnerar las propias normas de procedimiento administrativo específico o general, ni las de protección de derechos fundamentales de los ciudadanos”²²⁴.

222 Así, la SSTS 16 Julio 2012 (RJ 2012/7887), 12 marzo 2009 (RJ 2009/1692) y 21 junio 2012 (RJ 2012/7488).

223 En este sentido, REBOLLO PUIG M., e IZQUIERDO CARRASCO, M., *Manual de la Inspección de Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1998*, p. 61.

224 BERMEJO VERA, J., *La Administración...*, ob. cit., p. 54.





4.

**Actividad
inspectora
automatizada
en el entorno
digital.
Especial
referencia al
ámbito de las
viviendas de uso
turístico**

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. 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 s. XVIII y XIX que dieron lugar al nacimiento del Derecho Administrativo, de cuyos paradigmas básicos aún seguimos viviendo en gran medida”²²⁵.

La Comunicación de 2018 de la Comisión, titulada Inteligencia artificial para Europa, ya resaltaba que el uso del Big data y la Inteligencia Artificial (en adelante 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 administración²²⁶. La IA se basa en el uso intensivo de datos facilitados por las tecnologías de Big data²²⁷ 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 IA²²⁸.

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 reciente²²⁹. 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”²³⁰. 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 infracción extendidas en el marco de actuaciones administrativas de inspección automatizadas²³¹ 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 sanciones²³².

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 estos y de nuevas tecnologías para la mejora en la detección de ilícitos a través del uso de las

225 PONCE SOLÉ, J., “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad. Algoritmos y procedimiento administrativo tecnológico”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019.

226 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.

227 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.

228 Así es definida por TERRÓN SANTOS, D., *Administración inteligente y automática. Una visión más allá del algoritmo*, Colex, 2022. p. 21.

229 El Ayuntamiento de Nueva York creó la *Mayor's Office Of Data Analytics* <https://www1.nyc.gov/site/analytics/index.page>; 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.

230 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.

231 BOE 27 enero 2021, núm. 23.

232 BOE 5 agosto 2021, núm. 186.

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 oficio²³³. 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 es que el Consejo Constitucional Francés en su decisión de 27 de diciembre de 2019²³⁴, 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 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. 4 1) 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”²³⁵. 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”²³⁶ 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”²³⁷. 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 Administración²³⁸, pudiendo algunas actividades inspectoras incluirse dentro de esta última, propiciada por la eclosión, entre otros aspectos, de los conceptos de gobernanza y de Adminis-

233 VEGA VICENTE, P., “La utilización del Big data y la inteligencia artificial para la detención 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, 2022, p. 221.

234 Decisión núm. 2019-796DC.

235 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.

236 BOE 5 agosto 2021, núm. 186.

237 Vid. MARTÍN DELGADO, I., “Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 180, p. 368.

238 VELASCO RICO, C., “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, 2022, p. 42.

tración 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 valor²³⁹.

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 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 capítulo, 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”²⁴⁰.

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 necesidad 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.

239 CERILLO I MARTÍNEZ, A., “La participación en los órganos colegiados en la administración en red”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 90, 2011, p. 85.

240 BARRIO ANDRÉS, M., *Internet de las cosas*, Madrid, Reus, 2018, p. 72.

II. ¿De qué estamos hablando? El inspector bot o crawler

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 ellas²⁴¹. 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 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 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 obtienen²⁴². 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 aún 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 año²⁴³. 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 días²⁴⁴.

241 EGGER, R., KRONER, M. Y STOCKL, A., "Web mining and data crawling", en EGGER, R. (editor), *Applied Data Science in Tourism: Interdisciplinary Approaches, Methodologies and Applications*, Springer, 2022.

242 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-por-que-de-su-valor-diferencial/>, fecha de último acceso: 12 enero 2022.

243 PORRAS, C., "Las Administraciones ponen coto a la economía clandestina", *Revista Hosteltur*, núm. 34, abril 2016.

244 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](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 electrónicos²⁴⁵ 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 rea-

lizada 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 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 mismo²⁴⁶.

En definitiva, la utilización de programas y aplicaciones que sirven para el ejercicio de potestades públicas se encuentra sometido 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 obligara²⁴⁷ (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

²⁴⁵ BOE 31 marzo 2021, núm. 77.

²⁴⁶ Un estudio pormenorizado sobre esta cuestión en ámbito social realiza IZQUIERDO- CARRASCO. IZQUIERDO- CARRASCO, M., “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, 2022, pp. 276 y 277.

²⁴⁷ 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”.

caso, a pesar de este silencio legal, como señalan tanto COTINO HUESO como VALERO TORRIJOS²⁴⁸, 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”²⁴⁹.

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 previa del sistema automatizado. Esa aprobación deberá incluir los recursos que procedan contra la actuación automatizada y se publicará en la sede electrónica correspondiente²⁵⁰.

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 forma²⁵¹.

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 éstos²⁵². 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)²⁵³ 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 tributos²⁵⁴. Con respecto al ámbito laboral se aplica el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, modificado por el Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto, que aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social²⁵⁵.

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, auditoría 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

248 VALERO TORRIJOS, J., *El Régimen jurídico de la e-Administración. El uso de los medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, Comares, pp. 80 y 81.

249 IZQUIERDO-CARRASCO, M., “Actuaciones automatizadas en la sanción de irregularidades en el orden social”, en COTINO HUESO y TODOLÍ SIGNES, L., *Explotación y regulación del uso del big data...*, ob. cit. p. 273.

250 *Ibidem*, p. 268.

251 PALOMAR OLMEDA, A., “El acto administrativo dictado sobre bases tecnológicas o informáticas y las pautas de su revisión jurisdiccional”, en *Revista de Derecho vLex*, núm. 55, noviembre 2007, Disponible en <https://app.vlex.com/#vid/452875>

252 Para saber más sobre su régimen jurídico Vid. MARTÍN DELGADO, I., “Naturaleza, concepto y régimen...”, ob. cit.; y PONCE SOLÉ, J., “Inteligencia artificial, Derecho Administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, en INAP estudios y comentarios. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509505>, fecha de último acceso: 3 noviembre 2021.

253 BOE 18 diciembre 2003, núm. 302.

254 BOE 5 septiembre 2007, núm. 213.

255 BOE 5 agosto 2001, núm. 186.

posibles responsabilidades en la actuación administrativa automatizada. Ni decir tiene que puede permitir, además, un control sobre la legalidad y objetividad de la actuación automatizada²⁵⁶.

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 competencia²⁵⁷. 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 emisor²⁵⁸. En ámbito social, se utilizará el Sello Electrónico Cualificado de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social²⁵⁹, 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"²⁶⁰. 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 debe 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 esta, 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 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

256 MARTÍN DELGADO ha esbozado la posible relación de este requerimiento con las instituciones de la abstención y recusación. Vid. MARTÍN DELGADO, I., "Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada", en *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009, pp. 374-376.

257 Así, art. 96.3 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

258 Así lo establecen 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.

259 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.

260 MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico: luces y sombras de las nuevas leyes 39 y 40/2015*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 100.

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”²⁶¹.

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 establecido tanto por la normativa tributaria como social²⁶². 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 Social²⁶³.

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 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 jurídico²⁶⁴. 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-CARRASCO²⁶⁵. 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 sancionador²⁶⁶.

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

Consiguientemente, nos planteamos las consecuencias que, desde la perspectiva de la invalidez del acto adminis-

261 IZQUIERDO-CARRASCO, M., “Actuaciones...”, *ob. cit.*, p. 270.

262 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.

263 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.

264 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.

265 VALERO TORRIJOS, J., *El Régimen jurídico de la e-Administración. El uso de los medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, Comares, pp. 80 y 81; IZQUIERDO-CARRASCO, M., “Actuaciones automatizadas en la sanción de irregularidades en el orden social”, en COTINO HUESO y TODOLÍ SIGNES, L., *Explotación y regulación del uso del big data...*, *ob. cit.* p. 273

266 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.

trativo, 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 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 establecido²⁶⁷, 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.

267 Para saber más nos remitimos a PALOMAR OLMEDA, A., "El acto administrativo...", *ob. cit. donde se justifica esta tesis, desde el punto de vista jurisprudencial, de forma muy detallada.*

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 conocimiento²⁶⁸), 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”²⁶⁹. De hecho, al concluirse las actividades de inspección, pueden ocurrir varias cosas: puede iniciarse después un procedimiento de restablecimiento de la legalidad 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 liquidatorios 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, como se comentó en el capítulo 3.

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 colaboración²⁷⁰. 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.

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.

268 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso... I*, ob. cit. p. 537.

269 BLANQUER CRIADO, D., *La inspección...*, ob. cit., p. 250.

270 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.

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 %²⁷¹. 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 causa, 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. En este caso, 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.

²⁷¹ A estos efectos y junto con el acta de infracción, se facilitará al presunto responsable la correspondiente carta fe pago en la que se aplicará la citada reducción. Art. 46

V. Características de las áreas donde pueden ser realizadas actividades inspectoras automatizadas. Límites

A) 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– solo puede llevar a cabo actuaciones jurídico-formales, y nunca aquellas otras que sean netamente materiales o, en todo caso, mixtas. Como se puso de relieve en apartados anteriores, 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, 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 –ubicadas 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.

Como vimos anteriormente, 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 araña web 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 procedimiento²⁷² (como ya se ha visto en el ámbito tributario y laboral).

B) 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 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”²⁷³. 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 trámite²⁷⁴ 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 convencionales²⁷⁵. Todo ello, como señala MARTÍN DELGADO, delimita el marco del empleo de estas herramientas en el proceso decisorio de potestades regladas²⁷⁶.

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 IA²⁷⁷, no siendo así totalmente automatizada sino semiautomatizada ya que la ponderación final siempre debería ser humana²⁷⁸.

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 ineluctabilidad 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 administrados²⁷⁹. 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 facilitar las plataformas o sería necesario que la Administración realizara alguna actuación adicional.

272 BONELL COLMENERO, R., “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, 2021.

273 VALERO TORRIJOS, J., *El Régimen jurídico de la e-Administración*, Comares, 2007, p. 74.

274 URÍOS 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*, p. 8. <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>, fecha de último acceso: 15 marzo 2022.

275 DELGADO GARCÍA, A. y OLIVER CUELLO, R., “Regulación de la informática decisional en la Administración electrónica”, Congreso Tecnom@p Sevilla 2006. Disponible: file:///C:/Users/UM/Downloads/regulacion_de_la_informatica.pdf, fecha de último acceso: 20 febrero 2022.

276 MARTÍN DELGADO, I., “Naturaleza, concepto...”, *ob. cit.*, p. 369.

277 En este sentido, BENÍTEZ PALMA, E., y TERÉ PÉREZ, A., “Entusiasmo robótico y externalización”, Universidad de Valencia, Cátedra Pagoda. Disponible en: <https://www.uv.es/catedra-pagoda/es/novedades-1286053802801/Novetat.html?id=1286186533916>, fecha de último acceso: 4 enero 2022.

278 PONCE SOLÉ, J., “Inteligencia artificial, Derecho Administrativo...”, *ob. cit.*, p. 8.

279 La ineluctabilidad 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 decisora. *Ibidem*, p. 371.

VI. Implicaciones juricopráticas del uso del web scraping en ausencia de actividad administrativa procedimentalizada

A) 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 acta²⁸⁰. 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.

B) Valor probatorio del informe generado por web scraping. Supuestos distintos

El resultado de la investigación debe ser documentado en un acta o informe (vid. capítulo 3) 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

280 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.

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 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 esta 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. Como se apuntó en el capítulo 2, 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 elaboradas 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, hoy en día 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 digitales²⁸¹. 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 postal²⁸², 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)²⁸³. 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 web scraping, –caso de la inspección de las VUT–, analógicamente no se les 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,

281 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.*

282 BOE 31 diciembre 2010, núm. 318.

283 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.

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”²⁸⁴. 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 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 ticket²⁸⁵. 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 averada 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 público²⁸⁶, el documento confeccionado por la empresa encargada de realizar la ins-

pección –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 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 particular²⁸⁷. 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

284 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).

285 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.

286 Art. 77.5 LPAC establece que “los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y... se recogen los hechos constatados por aquellos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario”.

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

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 antijurídica²⁸⁸. 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”²⁸⁹. Como se ha comentado, por las razones expuestas, no podemos estar de acuerdo con tal postura.

C) 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 averigua-

ciones 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 vencer 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.

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 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

288 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.

289 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 13/20002 de Turismo de Cataluña. Este artículo fue introducido por el art. 93.6 de Ley núm. 3/2015, de 11 de marzo.

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 scraping²⁹⁰. 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 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”²⁹¹. 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 sí²⁹².

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 pacífico 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 pro-

290 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

291 STSJ Cataluña 614/2021, de 22 de junio, JUR/2021/286346.

292 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”.

nunciándose en este mismo sentido²⁹³, ahora, la jurisprudencia les está empezando a dar la razón.

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)²⁹⁴. 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 plataforma²⁹⁵, 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 días²⁹⁶.

293 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 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

294 BLANQUER CRIADO, D., *La inspección...*, ob. cit., p. 686.

295 Así la Sentencia núm. 20/2017, de 26 de enero, Del Juzgado de los Contencioso Administrativo núm. 9 de Barcelona, JUR/2017/192193

296 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 que 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 órgano²⁹⁷. 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 elemen-

to 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 provocar 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 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”²⁹⁸. 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.

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

298 VALERO TORRIJOS, J., *El régimen jurídico de la e-administración*, Comares, 2007, p. 76.

VIII. ¿Es posible un procedimiento de inspección automatizado en el ámbito de las VUT?

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 comprobación, cuyas actas sirven de denuncia que en todo caso estimula el procedimiento sancionador pero que, al ser previo al inicio de este, no se integra en el expediente e incluso el denunciado no tiene derecho a conocer su contenido²⁹⁹. 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”³⁰⁰.

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 previo³⁰¹.

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 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

299 BAUZÁ MARTORELL, F. J., “BIG DATA Y OPEN DATA EN LA ADMINISTRACIÓN TURÍSTICA: ACCESO Y REUTILIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN”, EN *RVAP*, NÚM. 108, MAYO-AGOSTO 2017, P. 28.

300 STC 96/1996, de 30 de mayo, RTC 1996/96.

301 Vid. REBOLLO PUIG, M., “La actividad inspectora”..., *ob. cit.* págs. 73 y 74.

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 elaboradas 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 realizada 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 macrodatos 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 administrativa³⁰².

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”³⁰³.

302 VALERO TORRIJOS, J., “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 AA. VV., *Big data. Retos y oportunidades. Actas del IX Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona, 25 y 26 junio 2013*, Pág. 133.

303 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 13/20002 de Turismo de Cataluña. Este artículo fue introducido por el art. 93.6 de Ley núm. 3/2015, de 11 de marzo.

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.

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, realiza-

das 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 derogan, 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.



Bibliografía

- ALAMILLO DOMINGO, I., *Identificación, Firma y otras Pruebas Electrónicas. La regulación jurídico-administrativa de la acreditación de las transacciones electrónicas*, Aranzadi, 2019.
- ALBIDAÑA, C., “¿Marca el nuevo artículo 54 ter el fin de la opacidad fiscal de los alquileres turísticos?”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 938&2018, Aranzadi, Cizuz Menor, 2018.
- ALENZA GARCÍA, J. F., “Potestad de inspección”, en MUÑOZ MACHADO (Dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.
- AMENÓS ÁLAMO, J., *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Cedecs, Barcelona, 1999.
- ARROYO AMAYUELAS, E., MARTÍNEZ MATA, Y., RODRÍGUEZ FONT, M. y TARRÉS VIVES, M., *Servicios en plataforma. Estrategias regulatorias*, Marcial Pons, 2021.
- AUBY, J. B., *Droit a la ville*, Lexis Nexis, París, 2013.
- BARRIO ANDRÉS, M., *Internet de las cosas*, Madrid, Reus, 2018.
- BAUZÁ MARTORELL, F., *Intervención Administrativa, Turismo y Medios Técnicos*, Disponible en: <https://deje.ua.es/es/derecho-administrativo/documentos/comunicaciones/intervencion-administrativa-turismo-y-medios-tecnicos.pdf>
- BAUZÁ MARTORELL, F. J., “Big data y open data en la administración turística: acceso y reutilización de información”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 108, 2017.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J., “Planeamiento urbanístico y turismo. A propósito de la zonificación del alquiler turístico”, en *Práctica Urbanística*, n.152.
- BENÍTEZ PALMA, E., y TERÉ PÉREZ, A., “Entusiasmo robótico y externalización”, Universidad de Valencia, Cátedra Pagoda. Disponible en: <https://www.uv.es/catedra-pagoda/es/novedades-1286053802801/Novetat.html?id=1286186533916>
- BERMEJO VERA, J., “La Administración Inspectoral”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998.
- BLANQUER CRIADO, D., *La inspección (de actividades autorizadas o comunicadas)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.
- BLANQUER, CRIADO, D., *Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el Derecho administrativo “taking facts seriously”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- BONELL COLMENERO, R., “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, 2021.
- CERILLO I MARTÍNEZ, A., “La participación en los órganos colegiados en la administración en red”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 90, 2011
- CHINCHILLA MARÍN, C., “El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 10/2014”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 102.
- CONTRERAS DELGADO J. M, y SILOS RIBAS M., “La economía colaborativa en los sectores regulados. Alojamientos turísticos”, en ALFONSO SÁNCHEZ, R., VALERO TORRIJOS, J. (Dir.) *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 340.
- 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, 2022.
- DE LA ENCARNACIÓN, A. M., "El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales", en *REALA*, Nueva Época, núm. 5, enero-junio 2016.
 - DEL RIVERO, M., *Smartcities. Una visión para el ciudadano*, LID, Madrid, 2017.
 - DELGADO GARCÍA, A. y OLIVER CUELLO, R., "Regulación de la informática decisional en la Administración electrónica", Congreso Tecnom@p Sevilla 2006. 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/>
 - DOMÉNECH, G., *La regulación de las viviendas de uso turístico*, Documento accesible a través de la web <https://www.academia.edu/s/0995d1dd96/la-regulacion-de-las-viviendas-de-uso-turistico>.
 - EGGER, R., KRONER, M. Y STOCKL, A., "Web mining and data crawling", en Egger, R. (editor), *Applied Data Science in Tourism: Interdisciplinary Approaches, Methodologies and Applications*, Springer, 2022.
 - FANLO LORAS, A., "Disposiciones Generales sobre los Procedimientos Administrativos: Iniciación, Ordenación e Instrucción", en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, J., (Dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
 - FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad Administrativa de Inspección*, Comares, Granada, 2002.
 - FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho Administrativo del Turismo*, Marcial Pons, 2016.
 - FÉRNANDEZ SALMERÓN, M., "Soluciones innovadoras y gestión avanzada en entornos urbanos: Problemas jurídicos derivados de la contratación pública en el desarrollo de ciudades inteligentes", en *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, núm. 4, 2015.
 - FÉRNANDEZ SALMERÓN, M., "Protección de datos y Administración electrónica en el ámbito municipal", en *Revista de estudios locales*, Cunal, núm. extra 1, 2004.
 - FUEYO ÁLVAREZ, J. F., La doctrina de la Administración "de facto", *Revista de Administración Pública*, número 2 (mayo-agosto 1950).
 - GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, 2017.
 - GARCÍA RUBIO, F., "La intervención administrativa sobre las viviendas vacacionales. Especial referencia a las entidades locales", en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 49, 2019.
 - GARCÍA URETA, A., *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, 2006.
 - GIANAREAS, J., "¿El web scraping es legal?", en *Curso de Fundamentos de Web Scraping con Python y Xpath*, Disponible en: <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/web-scraping-legal/>.
 - GIFFINGER, R., *Smart Cities- Ranking of European médium- sized cities*, Centre of Regional Science Vienna University of Technology, 2007.
 - GONGOSTRINA, A. L., "Los detectives cazapisos", *El País*, 14 agosto 2017. https://elpais.com/ccaa/2017/08/13/catalunya/1502641240_848791.html
 - HERRERO SUAREZ, C., "La economía colaborativa en el sector del alojamiento turístico. Reflexiones desde la óptica de la competencia desleal", en MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J. (Dirs.) *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Marcial Pons, 2017.
 - IZQUIERDO-CARRASCO, M., "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, 2022.
 - JARME MUÑOZ, P., "El consumo colaborativo en España: experiencias relevantes y retos de futuro", *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, (17), 62-75. Recuperado a partir de <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/998>

- MARTÍN DELGADO, I., "Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada", en *Revista de Administración Pública*, núm. 180.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., "Gestión inteligente y sostenible de las ciudades: gobernanza, *Smart cities* y turismo", en CANTÓ LÓPEZ, T., IVARS BAIDAL, J. A. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Gestión inteligente y sostenible de las ciudades. Gobernanza, Smart cities y turismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MARTÍNEZ NADAL, A., *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Aranzadi, 2021.
- MELGOSA ARCOS, J., "Los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la comunidad autónoma de Castilla y León", en GONSÁLVEZ PEQUEÑO, H., *Tratado jurídico ibérico e iberoamericano del turismo colaborativo*, Aranzadi, 2021.
- MELGOSA ARCOS, J., "Mejora regulatoria en los ayuntamientos. Influencia de las leyes de acceso a las actividades de servicios y de economía sostenible", en *Revista de estudios locales*, Cunal, núm. 145, 2011.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico: luces y sombras de las nuevas leyes 39 y 40/2015*, Tirant lo Blanch, 2017.
- NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005.
- ORTÍ VALLEJO, A. y RUBIO GIMENO, G., *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas generales y sectoriales*, Aranzadi, 2019.
- PALOMAR OLMEDA, A., "El acto administrativo dictado sobre bases tecnológicas o informáticas y las pautas de su revisión jurisdiccional", en *Revista de Derecho vLex*, núm. 55, noviembre 2007 Disponible en <https://app.vlex.com/#vid/452875>
- *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos. A propósito de la ley de acceso Electrónico a las Administraciones Públicas*, Thomson- Aranzadi, 2007.
- PANIZA FULLANA, A., "Una complicada relación a tres bandas: compañías aéreas low cost, agencias de viajes on line y consumidores", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, núm. 11, 2013.
- PAREJO ALFONSO, L., "Urbanismo temporal, derecho a la ciudad y mercado estatal de las políticas urbanas", en *Práctica Urbanística*, núm. 136, 2014.
- PIZARRO NEVADO, R., "Regulación y controles administrativos en el turismo colaborativo", en GONSÁLVEZ PEQUEÑO, H., *Tratado jurídico ibérico e iberoamericano del Turismo Colaborativo*, Aranzadi, 2021.
- PONCE SOLÉ, J., "Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad. Algoritmos y procedimiento administrativo tecnológico", en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019.
- PORRAS, C., "Las Administraciones ponen coto a la economía clandestina", *Revista Hosteltur*, núm. 34, abril 2016.
- REBOLLO PUIG M., y IZQUIERDO CARRASCO, M., *Manual de la Inspección de Consumo*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1998.
- REBOLLO PUIG, M., "Inspección y régimen sancionador", en LOZANO CUTANDA (Dir.), *Comentario a la Ley del Ruido: Ley 37/2003*, de 17 de noviembre, Civitas, Madrid, 2004.
- REBOLLO PUIG, M., "La Actividad Inspectoral", en DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *La Función Inspectoral*, INAP, 2013.
- REBOLLO PUIG, M., "Las restricciones a las viviendas turísticas ante los tribunales", en GONSÁLVEZ PEQUEÑO, H. (Dir.), *Tratado jurídico ibérico e iberoamericano del turismo colaborativo*, Aranzadi, 2021.
- RIVERO ORTEGA, R., *El Estado Vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000.
- RIVERO YSERN, E., "El procedimiento en la Inspección de Consumo. Obstrucciones a la Inspección", en VV. AA., *Ponencias. Curso de Inspectores 1990*, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1992.
- ROMÁN MÁRQUEZ, A., "Planificación urbanística del turismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 10.
- SAÍZ MORENO, F., "La Inspección Educativa", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 109.
- SÁNCHEZ CHILLÓN, P., *[Urbanismo en serie] Cuando todas las ciudades terminan pareciendo la misma*

- ciudad, en {Urban 360^º} Cities / Politics / Technologies / Gobierno / Urban Innovation [Ciudades], Disponible en: <https://urban360.me/2010/11/15/urbanizacion/>
- SÁNCHEZ HUETE, MA., "Obligación informativa de los intermediarios y economía colaborativa", en *Revista Quincena Fiscal*, núm. 15/2020.
 - SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., "Nuevos retos en la Administración Local del S. XXI: Transparencia, nuevas tecnologías y mayor participación", en SANCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M. y RIVERO YSERN, J.L. (Coords.) *El Nuevo Derecho Administrativo- Liber Amicorum al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis, Salamanca, 2011.
 - SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., "Derecho de acceso a la información: límites jurisprudenciales al ejercicio del derecho: la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2012. Protección de datos de carácter personal: efectos de la contestación extemporánea a la solicitud de datos guardados por entidades privadas. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2012", en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 31, 2012.
 - SOCÍAS CAMACHO, J. M., "Estado regulador y alojamiento colaborativo", en DE LA ENCARNACIÓN, A.M. (dir.) y BOIX PALOP, A. (coord.), *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español*, Thomson Reuter, 2018.
 - SOSA WAGNER, F. y FUERTES, M., *El Estado sin territorio. Cuatro relatos de la España autonómica*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
 - SUAY RINCON, J., "Turismo y urbanismo: la ordenación turística del espacio. El caso de Canarias", en BLANQUER CRIADO (Dir.), *Ordenación y gestión del territorio turístico*, Cañada Blanch, 2002, Valencia.
 - TERRÓN SANTOS, D., *Administración inteligente y automática. Una visión más allá del algoritmo*, Colex, 2022.
 - TORNOS MAS, J., "La simplificación procedimental en el ordenamiento español", en *Revista de Administración Pública*, n. 151, 2000.
 - TOURIÑO, A., "Régimen de responsabilidad de las plataformas que operan en el ámbito de la economía colaborativa", en RODRÍGUEZ MARÍN, S. y MUÑOZ GARCÍA, A., *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, Wolters Kluwer, 2018.
 - URÍOS 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., "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 AA. VV., *Big data. Retos y oportunidades. Actas del IX Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona, 25 y 26 junio 2013.
 - VALERO TORRIJOS, J., *El Régimen jurídico de la e-Administración. El uso de los medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, Comares, 2007.
 - VEGA VICENTE, P., "La utilización del big data y la inteligencia artificial para la detención 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, 2022.
 - VELASCO RICO, C., "La ciudad inteligente: entre la transparencia y el control", en *Revista General de Derecho Administrativo IUSTEL*, núm. 50.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Ley 17/2009, de 23 noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE 24 noviembre 2009, núm. 283.
- Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. BOE núm. 308, de 23 de diciembre de 2009
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo BOE 2 octubre de 2015, núm. 236.
- Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE 2 octubre de 2015, núm. 236.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, BOE 3 abril 1985, núm. 80.

- Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información, BOE 12 julio 2002, núm. 166.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa, BOE 14 julio 1998, núm. 167
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, BOE 25 noviembre 1994, núm. 282.
- Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, BOE 5 de junio de 2013, núm. 134.
- Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio BOE 24 de noviembre de 2009, núm. 283.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, BOE de 18 diciembre 2003, núm. 302.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, BOE 6 diciembre 2018, núm. 294.
- Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, BOE 23 junio 2007, núm. 150. Desarrollada por el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, modificado por el Real Decreto Real Decreto 668/2015, de 17 de julio.
- Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.
- Ley del Suelo Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, BOE 31 octubre 2015, núm. 261.
- Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, BOE 31 diciembre 2010, núm. 318.
- RD 1211/1990, de 28 de septiembre, que aprueba el Reglamento de Ordenación de Transportes Terrestres, BOE 8 octubre 1990, núm. 241.
- RD 1945/1983 sobre el Régimen Sancionador en Materia de Defensa del Consumidor y Producción Agroalimentarias, BOE 15 julio 1983, núm. 168
- RD 1977/1988, Reglamento de metales preciosos, BOE 10 marzo 1988, núm. 60;
- 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.
- Real Decreto 1070/2017 por el que se modificaba el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria De 29 de diciembre, BOE 30 diciembre 2017, núm. 317,
- Real Decreto 366/2021, de 25 de mayo, de 25 de mayo, por el que se desarrolla el procedimiento de presentación e ingreso de las autoliquidaciones del Impuesto sobre las Transacciones Financieras y se modifican otras normas tributarias, BOE 26 de mayo de 2021, núm. 125.
- 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.
- 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.
- Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios en el Mercado interior DOUE núm. 376, de 27 de diciembre de 2006. (IceUR 2006, 3520)
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee Of The Regions, "European Interoperability Framework - Implementation Strategy", Brussels, 23.3.2017 COM (2017) 134 final.
- 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.
- Directiva 2021/514 del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad Directiva UE 2021/514, de 22 de marzo, LCEur 2011, 346.

- Directiva 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de septiembre de 2015 por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información Diario Oficial de la Unión Europea 17.9.2015.
- Ley de 2/2014, de 27 enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público en Cataluña, DOGC n. 6551, 30 enero 2014.
- Ley 6/2014, de Prevención de la Contaminación y Calidad Ambiental en la Comunidad Valenciana, de 25 de julio, DOGV 31 julio 2014, núm. 7329.
- Ley 12/2013, de Turismo de la Región de Murcia, de 20 de diciembre, BO. Región de Murcia 24 diciembre 2013, núm. 296,
- Ley 6/2017, de Turismo de Baleares, de 31 de julio, BOE de 15 de septiembre 2017, núm. 223.
- Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo del País Vasco, BOE 10 septiembre, núm. 219
- Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas, BOE 15 septiembre, núm. 223;
- Ley 13/2011, de 23 de diciembre, de Turismo de Andalucía, BOE 20 enero 2012, núm. 17.
- Ley 8/1999, de 26 de mayo de Turismo de Castilla-La Mancha, BOE núm. 179, de 28 de julio de 1999.
- Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja, BOE 20 de junio de 2001, núm. 147.
- Ley Balear 8/2012 (redactado de acuerdo con la Ley 6/2017). BO. Illes Balears 31 julio 2017, núm. 93.
- Decreto 143/2014, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Turismo de Andalucía, BO Junta de Andalucía de 11 de noviembre 2014, núm. 220.
- Decreto 256/2019, de 10 de octubre, por la que se regulan las viviendas de uso turístico en la Región de Murcia, BORM 19 octubre, núm. 242.
- Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos de Andalucía, BO Junta de Andalucía 11 febrero, núm. 28.
- Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico de Castilla y León, BO Castilla y León 17 febrero, núm. 33.
- Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, BO Comunidad de Madrid 31 julio, núm. 180.
- Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia, DO Galicia 10 febrero, núm. 29.
- Decreto 10/2021, de 22 de enero Reglamento regulador del alojamiento turístico en la Comunidad Valenciana, éste, sustituye al anterior Decreto 92/2009, de 3 de julio por el que aprobaba el reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana, DO Generalitat Valenciana 8 febrero 2021, núm. 9015.
- Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de Turismo Cataluña DO Generalitat de Cataluña, 6 agosto, núm. 8195.
- Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico, BO Aragón 14 mayo, núm. 90;
- Decreto 80/2015, de 5 de mayo, de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico, BO Aragón 14 mayo, núm. 90
- Decreto 3/2017, de Castilla y León, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico, BO Castilla y León, 17 febrero, núm. 33.
- Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, BO Canarias 28 mayo, núm. 101.

- Decreto 48/2016, de Asturias, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico, BO Principado de Asturias 17 agosto, núm. 191.
 - Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos de Andalucía.
- JURISPRUDENCIA CONSULTADA**
- TRIBUNAL JUSTICIA UNIÓN EUROPEA
 - STJUE de 19 de diciembre de 2019, asunto C-390/18, petición de decisión prejudicial se refiere a la interpretación del artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, en el mercado interior (Directiva de Comercio Electrónico-DO 2000 L 178, p. 1)(ECLI:EU:C:2019:1112)
 - STJUE 2017/217, de 20 de diciembre, caso Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, S.L (ECLI: ECLI:EU:C:2017:981).
 - TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
 - STC 96/1996, de 30 de mayo (RTC 1996/96)
 - TRIBUNAL SUPREMO
 - STS 2914/2021, de 19 mayo 2021 (RJ 2021 2735)
 - STS 75/2021, de 26 de enero (RJ 2021/145)
 - STS 1818/2020, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:1818)
 - STS 1106/2020, de 23 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2494)
 - STS 625/2020, de 1 de junio (RJ/2020/1461)
 - STS 26/2019, de 15 enero (RJ 2019/276)
 - STS 1741/2018, de 10 diciembre (RJ/2018/5571)
 - STS 4694/2016, de 19 de octubre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:4694).
 - STS 572/2012, de 9 de octubre, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ/2012/11059).
 - STS 16 Julio 2012 (RJ 2012/7887)
 - STS 21 junio 2012 (RJ 2012/7488)
 - STS de 29 de octubre de 2009 (RJ\2010\1220)
 - STS 12 marzo 2009 (RJ 2009/1692)
 - STS de 17 febrero 2004 (RJ 2004/2226)
 - STS 568/2001, de 31 de enero de 2001 (ECLI:ES:TS:2002:568)
 - STS 17 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8367)
 - STS de 23 de noviembre 1993 (RJ/1993/8883)
 - STS de 22 septiembre 1999 (RJ/1999/6728)
 - TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA
 - STSJ Madrid 794/2021 de 10 de junio (RJCA/2021/1690)
 - STSJ Madrid 303/2016 de 2 junio (RJCA/2016/714)
 - STSJ Madrid 222/1997 de 3 abril (RJCA/1997/808)
 - STSJ de Canarias 41/2017 de 21 de marzo (RJCA/2017/645)
 - STSJ País Vasco 43/2018, de 29 enero (RJCA 2018/13)
 - STSJ Cataluña 614/2021, de 22 de junio (JUR/2021/286346)
 - STSJ Cataluña, Sala de la Contencioso, núm. 4331/2021
 - STSJ Cataluña 302/2019, de 4 de abril (RJCA 2019/1117)
 - STSJ Cataluña 719/2019, de 15 de julio (RJCA 2019/866)
 - STSJ Cataluña 912/2019, de 15 octubre (RJCA 2020/188)
 - STSJ Cataluña 1022/2019, de 18 de noviembre (JUR 2020/169336)
 - STSJ Cataluña 1094/2019, de 9 de diciembre (RJCA 2020/1567)

- STSJ Cataluña 1134/2019, de 17 de diciembre (RJCA 2020/1469)
- STSJ de Cataluña 931/2019, de 13 de noviembre (JUR 2019/334416)
- STSJ de Cataluña 751/2018, de 5 de octubre (JUR 2018/296882)
- STSJ Islas Baleares 158/2020, de 29 de abril (ECLI: ES:TSJBAL:2020:220)
- STSJ Islas Baleares 158/2020, de 29 de abril (JUR 2020/163677)
- STSJ Islas Baleares 518/1999 de 20 julio (RJCA/1999/2583)
- STSJ Murcia 1066/1999 de 17 diciembre (JUR/2000/49884).

OTRAS INSTANCIAS

- Sentencia n. 190/2017, de 1 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 8 de Barcelona, (JUR/2018/54723)
- Sentencia n. 20/2017, de 26 de enero, del Juzgado de los Contencioso Administrativo núm. 9 de Barcelona, (JUR/2017/192193)
- Sentencia n. 148/2016, de 27 abril, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 6 de Valencia (JUR/2016/102384).



En la actualidad, puede constatarse el gran crecimiento experimentado por las viviendas de uso turístico gracias a la aparición de las plataformas on line de intermediación, lo que ha provocado problemas de regulación, seguridad jurídica, competencia, sostenibilidad, urbanísticos, etc.

Resulta fundamental definir lo relativo a la responsabilidad de estas plataformas en función del papel que desempeñan. Por esta razón, el Derecho del Turismo ha ido respondiendo a los retos planteados por el incremento del turismo colaborativo.

Las Comunidades Autónomas han venido regulando las viviendas de uso turístico de tal manera, que la Administración Pública ha de ejercer sus potestades en una situación cada vez más digitalizada, lo que, junto con la asunción de la normativa europea, ha venido suponiendo el abandono de su papel tradicional. La verificación, supervisión o inspección del cumplimiento de las disposiciones vinculantes constituye hoy una asignatura pendiente de las Administraciones Públicas desde la entrada en el mercado de las plataformas digitales.

Actualmente, el ejercicio por parte de las Administraciones de las actividades de verificación, supervisión, inspección (que darán lugar, en su caso, a sanciones) sobre las viviendas de uso turístico, supone una verdadera necesidad. Es imprescindible que la Administración Pública lleve a cabo un control riguroso de esta nueva realidad debido a su alto impacto sobre nuestras ciudades. Para ello, el ejercicio de la potestad inspectora en un entorno digital proporcionado por las plataformas que comercializan estos alojamientos colaborativos y la actividad inspectora automatizada realizada a través de web scraping o inspector robot, resulta fundamental hoy día.

En este trabajo se aborda en profundidad el régimen de intervención administrativa sobre las viviendas de uso turístico centrándose en la piedra angular de todo el sistema de intervención: la capacidad de inspección en el nuevo entorno digital caracterizado por la existencia de plataformas colaborativas en el alojamiento.

Comité Técnico – Científico:

Libertad Troitiño Torralba. Profesora Contratada Doctora del departamento de Geografía de la Universidad Complutense de Madrid.

Francisco Javier Melgosa Arcos. Profesor Titular de Universidad de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca.

Carles Mulet Forteza: Profesor Titular de Universidad del departamento de Economía de la Empresa de la Universitat de les Illes Balears.

Copyright de IFEMA MADRID – FITUR

Año de edición: julio, 2023

