

MANUAL DE PREVENCIÓN DE DELITOS SOCIEDAD MUNICIPAL DE APARCAMIENTOS Y PROYECTOS.

Modificaciones para adaptar el manual a los nuevos delitos penales.

Índice

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 2 |
| 2. IDENTIFICACIÓN DE LOS NUEVOS DELITOS, AREAS DE ACTIVIDAD Y MEDIDAS PREVENTIVAS | 2 |
| 2.1. Delito de trato degradante | 2 |
| 2.2. Delito de acoso sexual | 5 |
| 2.3. Delito de descubrimiento y revelación de secreto. | 7 |
| 2.4. Delito de estafa. | 10 |
| 2.5. Delito contra el derecho de los trabajadores | 13 |
| 2.6. Delito de malversación | 14 |

1. INTRODUCCIÓN

En este documento se incluye el análisis realizado, en base a las modificaciones del Código Penal por la LO 10/2022, de 6 de septiembre modificada por la LO 4/2023, de 27 de abril, y la LO 14/2022, de 22 de diciembre, de los nuevos tipos penales incluidos en el catálogo de delitos susceptibles de ser cometidos por las personas jurídicas desde que, en 2019, se implementara y aprobara el Modelo de organización y gestión para la prevención y detección de delitos de la Sociedad Municipal de Aparcamientos y Proyectos, S.A.

El contenido del presente documento sistematiza los controles existentes y aquellos que, a raíz de la revisión realizada con la colaboración de los asesores externos, la SMAP ha decidido implantar por cumplir con la finalidad de prevenir y mitigar la comisión de delitos en los diferentes áreas de la compañía.

A continuación, se expondrán los nuevos riesgos penales identificados en SMAP, sin que se pueda entender por esto, que se ha detectado la existencia de la comisión de delitos concretos, sino que estos riesgos son intrínsecos a los tipos de actividad empresarial que desarrolla la SMAP.

2. IDENTIFICACIÓN DE LOS NUEVOS DELITOS, AREAS DE ACTIVIDAD Y MEDIDAS PREVENTIVAS

A continuación en esta actualización del Modelo de Prevención de delitos penales, se analizan los siguientes nuevos delitos susceptibles de poder comportar responsabilidad penal de la persona jurídica.

Se expondrán los riesgos penales detectados para la actividad en la cual opera la SMAP y los mecanismos de control y principios generales de comportamiento con los que cuenta SMAP para prevenir los riesgos de comisión de los concretos riesgos penales.

1. Delito de trato degradante (art. 173 del CP)
2. Delito de acoso sexual (art. 184 del CP)
3. Delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 y siguientes)
4. Delito de estafa (art. 248 a 251 bis)
5. Delito contra los derechos de los trabajadores (art 311)
6. Delito de malversación (artículos 432, 433 y 434)

2.1. Delito de trato degradante

A. Tipo penal – Artículo 173.1 del CP

El artículo 173.1 del Código Penal, en relación al delito de trato degradante dispone que:

<< 1. Quien infrinja a otra persona un trato degradante, y en menoscabe gravemente la integridad moral, ha de ser castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Se debe imponer la misma pena a quienes, teniendo conocimiento del parador del cadáver de una persona, oculten de manera reiterada esta información a los familiares o próximos a esta.

Con la misma pena se deben castigar a quienes, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaleciendo de su relación de superioridad, lleven a término contra otro de manera reiterada actos hostiles o humillantes que, sin que lleguen a constituir un trato degradante, supongan un acoso grave contra la víctima.

También se debe imponer la misma pena a quien de manera reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin que lleguen a constituir un trato degradante, tengan como objeto impedir el disfrute legítimo de la vivienda>>

Este artículo en su apartado << 1 in fine >>, concreta el tipo penal para los casos en que sea realizado por persona jurídica:

<< Cuando de acuerdo con lo que establece el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos que comprenden los párrafos anteriores, se le debe imponer la pena de multa de seis meses a dos años. Según las reglas que establece el artículo 66 bis, los jueces y tribunales pueden imponer, así mismo, las penas que recogen las letras b a g del apartado 7 del artículo 33>>

B. Elemento Objetivo

Por considerar una conducta como trato degradante se exige que la conducta que se lleva a término provoque una humillación o sentimiento de envejecimiento del sujeto pasivo y que se ningunee gravemente la integridad moral de la víctima. A esto se suma la necesidad que haya una cierta permanencia o, al menos, repetición en el comportamiento degradante.

El delito del 173.1 C.P., tres requisitos:

1. Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito.
2. Un padecimiento, físico o psíquico, en este sujeto.
3. Un comportamiento que sea degradante o humillante y incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.'



Por esto, y principalmente por la incidencia del segundo requisito, por apreciar este delito se debe prolongar en el tiempo, y no que se trate de una conducta puntual, ya que este acto puntual adquiere una importante entidad, y destaca la sentencia, se trate de conductas que *«destaquen las notas de humillación o envilecimiento que, en suma, suponen la reducción de la víctima a la categoría de cosa»*.

C. Elemento Subjetivo

La conducta solo puede ser dolosa, por lo que quedarían fuera las conductas imprudentes, así como el duelo eventual.

Tampoco entrarían todas las conductas dolosas, sino solo cabría el duelo directo, y como consecuencia quedaría también excluido el duelo eventual.

D. Actividades de riesgo

Nos encontramos delante de un delito realizado entre particulares, por lo que el riesgo que se cometa este delito es intrínseco a cualquier empresa que tenga más de un trabajador en su sí, motivo por el cual debe ser objeto de atención y de trabajo para las entidades de todos los sectores, con independencia de su actividad.

E. Controles existentes y Plan de acción

Este control queda mitigado con la existencia del propio Modelo de Prevención de Riesgos Laborales, el Código de conducta de SMAP y la habilitación del canal de denuncias a través el cual, cualquier persona que se encuentre en esta situación pueda comunicarla a la empresa.

Como plan de actuación se propone remitir recordatorios sobre la existencia del sistema interno de comunicaciones y del canal de denuncia, y de cómo hacer

uso en caso detectar cualquier conducta susceptible de constituir esta o cualquier otra infracción penal.

Asimismo se recomienda actualizar el Plan de igualdad de la SMAP y realizar durante el año 2024 formaciones a los trabajadores respecto de este delito penal.

En cuanto al seguimiento y evaluación de este riesgo penal se recomienda realizar encuestas y/o cuestionarios sobre el trato degradante para analizar el grado de conocimiento sobre este delito penal de las personas que trabajan en la SMAP.

2.2. Delito de acoso sexual

A. Tipo penal – Artículo 184 del CP

El Artículo 184 del Código Penal en relación al delito de acoso sexual dispone que:

<<1. Quien solicite favores de naturaleza sexual, para él o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente, de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual, y con este comportamiento provoque a la víctima una situación objetivamente y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, debe ser castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, el oficio o la actividad de doce a quince meses.

2. Si el culpable de acoso sexual ha cometido el hecho prevaleciendo una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o sobre una persona sujeta a la su guarda o custodia, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las expectativas legítimas que aquella pueda tener en el ámbito de la relación indicada, la pena es de cárcel de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, el oficio o la actividad de dieciocho a veinticuatro meses.

3. Asimismo, si el culpable de acoso sexual la ha cometido en centros de protección o reforma de menores, centros de internamiento de personas extranjeras o cualquier otro centro de detención, custodia o acogida, hasta de estancia temporal, la pena es de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, el oficio o la actividad de dieciocho a veinticuatro meses, sin perjuicio de lo que establece el artículo 443.2.

4. Cuando la víctima esté en una situación de especial vulnerabilidad por razón de la su edad, enfermedad o discapacidad, la pena se debe imponer en su mitad superior>>

Este artículo en su apartado 5, concreta el tipo penal para los casos en que sea realizado por persona jurídica:

<< 5. Cuando, de acuerdo con lo que establece el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de este delito, se le debe imponer la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas que establece el artículo 66 bis, los jueces y tribunales pueden imponer, así mismo, las penas que recogen las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 >>

B. Elemento Objetivo

Los elementos que han de concurrir porque nos encontramos delante de una conducta de acoso sexual son:

a) La existencia de la acción típica consistente en la petición de favor sexuales para sí mismo o para un tercero; b) tales favores se soliciten tanto por el propio agente delictivo como para un tercero; c) se soliciten en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios continuada o habitual; d) se provoque a la víctima una situación intimidatoria, hostil o humillante; e) entre la acción del agente delictivo y el resultado ha de existir un enlace de causalidad;

C. Elemento Subjetivo

El autor de la conducta anteriormente referida debe obrar con dolo, y no se deben permitir formas imprudentes de comisión de este tipo penal.

Es decir, deberá acreditarse la existencia de una voluntad clara por parte de el agente, sabiendo que con esto crea una situación de grave humillación, intimidación u hostilidad, solicitar favores sexuales.

D. Actividades de riesgo

El riesgo que se cometa este delito existe desde el momento en que concurren a la plantilla de la SMAP mas de un trabajador, incrementándose cuando, además, hay trabajadores con ambos géneros.

Se debe prestar una atención especial en las relaciones personales entre personal de la SMAP, especialmente si son entre un superior jerárquico y un subordinado, ya que serían susceptibles de entrar dentro de la conducta típica si resulta que la relación íntima mantenida entre los dos es consecuencia de, por ejemplo, un miedo de recibir represalias en el lugar de trabajo.

E. Controles existentes y Plan de acción

Este control queda mitigado con la existencia del propio plan de Prevención de Riesgos Laborales, el Código de conducta de la SMAP y la habilitación del canal de denuncias a través del cual cualquier persona que se encuentre en esta situación pueda comunicarla a la empresa.

Como plan de actuación se propone remitir recordatorios puntuales sobre la existencia del sistema interno de comunicaciones, del canal de denuncia y procedimiento para la prevención y la actuación frente a casos de acoso sexual y de acoso por razón de sexo y psicológico, y de cómo hacer uso en caso de detectar cualquier conducta susceptible de constituir esta o cualquier otra infracción penal.

Asimismo se propone impartir durante el año 2024 una formación complementaria en referencia a los nuevos delitos penales, y actualizar el Plan de Igualdad de la SMAP.

En cuanto al seguimiento y evaluación de este riesgo penal se recomienda realizar encuestas y/o cuestionarios sobre el acoso sexual y por razón de sexo para analizar el grado de conocimiento sobre este delito penal de las personas que trabajan en la SMAP.

2.3. Delito de descubrimiento y revelación de secreto.

En este artículo en el apartado 7, se produce la incorporación de la conducta típica consistente en la revelación o cesión a terceros, sin el consentimiento del afectado, de ciertas imágenes o registros audiovisuales.

Regula lo que se conoce como << sexting >>. En estos casos, las imágenes o registros audiovisuales fueron obtenidas con autorización en un domicilio o en otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, y, sin autorización del afectado, se difunden, revelan o ceden a terceros. Las penas previstas para este delito serán de prisión de 3 meses a 1 año, o multa de 6 a 12 meses, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esta persona (art. 197.7 del CP).

El bien jurídico protegido es el derecho a la intimidad, protegido en el apartado 1 del artículo 18 de la CE que garantiza el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Y que garantiza al individuo un ámbito reservado de su vida, excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, en contra de la su voluntad (STC 127/2003, de 30 de junio), de tal manera que se faculta al titular de este derecho el poder de resguardar este ámbito reservado, no solo personal sino también familiar, delante de la divulgación del mismo por terceros y de una pluralidad no deseada.

A. Tipo penal – Artículo 197.7 del CP

<<7. Se debe castigar con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses quien, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que haya obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera

del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esta persona.

Se debe imponer la pena de multa de uno a tres meses al quien haya recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refieren el párrafo anterior y las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada.

En los supuestos de los párrafos anteriores, la pena se debe imponer en su mitad superior cuando los hechos los haya cometido el cónyuge o una persona que esté o haya estado unida por una relación de afectividad análoga, incluso sin convivencia, la víctima sea menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de protección especial, o los hechos se hayan cometida con una finalidad lucrativa.>>

Así mismo el artículo 197, concreta el tipo para los casos en que sea realizado por persona jurídica:

<<Cuando, de acuerdo con lo que establece el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los artículos 197, 197 bis y 197 ter, se le debe imponer la pena de multa de seis meses a dos años. Teniendo en cuenta las reglas que establecen el artículo 66 bis, los jueces y tribunales pueden imponer, así mismo, las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33>>

B. Elemento Objetivo

Este delito se caracteriza por un elemento previo a la realización de la conducta típica, y que hace referencia a la necesidad que el sujeto activo haya obtenido las imágenes o las registradas audiovisuales con el consentimiento del sujeto pasivo.

Si bien el tipo utiliza el término obtención, no se requiere por parte del sujeto activo una actitud que tienda a la consecución del material, el autor puede haber recibido las imágenes o registros audiovisuales sin necesidad de haberlas solicitado a la persona perjudicada.

El núcleo de la acción típica consiste en la difusión del material previamente obtenido con la anuencia de la víctima. Es decir, la tipicidad sobreviene por la difusión, revelación o cesión de las imágenes, con independencia del número de terceros que hayan tenido acceso.

La mera obtención resultaría atípica, pero pondría sujeto que obtiene las imágenes o registros audiovisuales con anuencia de la víctima ante un especial deber de sigilo basado en la confianza.

La acción consiste en difundir, ceder o revelar a terceros imágenes o registros audiovisuales de una persona sin su consentimiento.

La divulgación ha de menoscabar gravemente la intimidad personal de la persona afectada que se debe valorar caso a caso. Y por terceras personas se entiende aquellas personas ajenas al círculo íntimo en el que se han obtenido las imágenes.

El art. 197.7 alude a contenidos la divulgación de las que menoscabe gravemente la intimidad personal. La esfera sexual es, sin duda, una de las manifestaciones del que se ha nombrado el núcleo de la intimidad, pero no es la única.

Después de la reforma realizada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, vigente desde el 7 de octubre del 2022, el artículo continua regulando una condena de pena de multa de 1 a 3 meses para quien recibiendo las imágenes o grabaciones mencionadas con anuencia del perjudicado, las revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada.

Lo que el apartado 7 contiene es: *«(...) una incriminación de la conducta consistente en la redifusión o retuiteo de estas imágenes, por terceros que las han recibido, naturalmente sancionando con menos pena este comportamiento que la prevista por al autor de la difusión inicial, que es el que obtuvo inicialmente de la víctima la escena de contenido afectando de forma grave a la intimidad del mismo, y que sin su permiso o anuencia, la difunde a terceros, de cualquier manera que se produzca esta difusión, entre los contornos fácticos del cual admite cualquier exhibición, reenvío o redifusión a personas extrañas a la relación que permitió esta entrega exclusiva, por medio del cual el agente obtuvo la imagen en cuestión».*

C. Elemento Subjetivo

Además del dolo, el sujeto activo debe tener la intención de descubrirlos o divulgarlos, cosa que constituye un elemento subjetivo especial del injusto.

Sujeto activo de este delito únicamente puede ser a quien le es remitida voluntariamente la imagen o registro audiovisual y posteriormente, sin el consentimiento del emisor, rompiendo la confianza en él depositada, la reenvía a terceros, y es indiferente que la imagen sea remitida a una o más personas.

D. Actividades de riesgo

El avance tecnológico ha provocado que actualmente la mayoría de la sociedad se comunique prácticamente diariamente a través de medios electrónicos, aplicaciones de mensajería instantánea y redes sociales.

A ello se suma el hecho que todos los trabajadores disponen de dispositivo móvil con sistema de cámara y registro, que facilita el eventual registro de situaciones comprometidas y su posterior difusión.

E. Controles existentes y Plan de acción

Sirve a la mitigación de este tipo penal tanto la existencia del propio plan de Prevención de Riesgos Laborales, el Código de conducta de la SMAP, y la habilitación del canal de denuncias a través del cual cualquier persona que se encuentre en esta situación la pueda comunicar a la empresa.

Como plan de actuación se propone remitir recordatorios sobre la existencia del sistema interno de comunicaciones y del canal de denuncia, y de cómo hacer uso en caso de detectar cualquier conducta susceptible de constituir esta o cualquier otra infracción penal.

Se recomienda impartir durante el año 2024 una formación complementaria en referencia a este delito penal, sobre educación en el uso ético de las nuevas tecnologías, sobretodo cuando ningún ciudadano está exento de ver su intimidad vulnerada como consecuencia de un uso inadecuado de móviles, tabletas y otros instrumentos electrónicos.

Por esta razón es recomienda eliminar cualquier tipo de imagen o registro audiovisual que pudiera ser remitido a nuestros dispositivos electrónicos para parar en la medida de lo posible las denominadas cadenas de envío, así como denunciar a las redes sociales cualquier tipo de contenido que pudiera suponer una vulneración de la intimidad de otra persona. Al fin y al cabo, está en nuestras manos favorecer un uso adecuado de las redes y los instrumentos electrónicos con los que nos comunicamos de manera diaria.

No obstante, es necesario adoptar medidas que aseguren que el acceso a los elementos de riesgo de este delito penal se restrinja.

En cuanto al seguimiento y evaluación de este riesgo penal se recomienda realizar encuestas y/o cuestionarios sobre este delito penal para analizar el grado de conocimiento de las personas que trabajan en la SMAP y detectar posibles riesgos.

2.4. Delito de estafa.

La reforma del delito de estafa afecta principalmente a los artículos 248 y 249 del Código Penal. Se ha producido al cambio en la redacción de los artículos. De esta manera, el artículo 248 contiene el tipo penal básico del delito de estafa, mientras que el artículo 249 del CP establece el tipo de estafa ligado a los delitos con medios informáticos y otros fraudes.

A. Tipo penal – Artículo 248 i 249 del CP

El artículo 248 establece el supuesto de estafa, de esta manera:

<< Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizan engaño suficiente para producir error en otro, y lo inducen a realizar un acto de disposición en perjuicio suyo o de otro.

Los reos de estafa deben ser castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para fijar la pena se debe tener en cuenta el importe del que se ha defraudado, el detrimento económico causado al perjudicado, las relaciones entre este y el defraudador, los medios empleados por este y todas las demás circunstancias que sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

Si la cuantía que se ha defraudado no excede los 400 euros, se debe imponer la pena de multa de un a tres meses.”

El artículo 249 complementa el artículo 248 así:

“1. También se consideran reos de estafa y deben ser castigados con pena de prisión de seis meses a tres años:

a) Los que, con ánimo de lucro, obstaculizando o interfiriendo indebidamente en el funcionamiento de un sistema de información o introduciendo, alterando, borrando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos o valiéndose de cualquier otra manipulación informática o artificio parecido, consiguiendo una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

b) Los que, utilizando de manera fraudulenta tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial diferente del efectivo, o los datos que constan en cualquiera de estos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

2. Con la misma pena que prevé el apartado anterior se deben castigar: Los que fabriquen, importen, obtengan, posean, transporten, comercien o de otra manera faciliten a terceros dispositivos, instrumentos o datos o programas informáticos, o cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente para la comisión de las estafas que prevé este artículo.

b) Los que, por su utilización fraudulenta, sustraigan, se apropien o adquieran de manera ilícita tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial diferente del efectivo.

Se debe imponer la pena en la mitad inferior a los que, por su utilización fraudulenta y sabiendo que van ser obtenidos ilícitamente, posean, adquieran, transfieran o pongan a disposición de terceros tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago materiales o inmateriales diferentes del efectivo.>>

B. Elemento objetivo

Las acciones de este tipo penal se centran en culpabilizar a quienes utilicen engaño suficiente por producir error en otro, y lo inducen a realizar un acto de disposición en perjuicio suyo o de otro y los que estafen con sistemas informáticos. Además, en relación al delito de estafa informática, se culpabiliza a quien defraude a una persona determinada mediante la manipulación informática o con un artefacto parecido.

C. Elemento subjetivo

Además del dol, el sujeto debe tener ánimo de lucro para cometer este delito.

D. Actividad de riesgo

Se considera que este delito penal puede producirse en la SMAP, porque la compañía presta servicios a clientes existentes la posibilidad que su comercialización se haga en base a unas características diferentes de los reales, a través de error al otro u otros artificios, con ánimo de conseguir una ventaja económica injustificada y ilegítima.

E. Controles existentes y Plan de acción

Este control queda mitigado con la existencia del propio plan de Prevención de Riesgos Laborales, el Código de conducta de la SMAP, los Principios Generales de Actuación y la habilitación del canal de denuncias a través el cual cualquier persona que tenga conocimiento de esta conducta delictiva pueda comunicarla a la empresa.

A estos controles se debe añadir que los precios de la SMAP se aprueban en el consejo de administración y/o el pleno del Ayuntamiento, que se ha implantado una tarifa de rotación y de abonos, y que desde la SMAP se fomenta la transparencia al publicar en la web toda la información relativa a los precios, tanto de abonos como de la venta de aparcamientos y los tickets de descuento por franjas horarias.

La SMAP también cuenta con asesoría jurídica para revisar los contratos y aplica la Ley 40/2002 de 14 de noviembre reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos.

Por esto, se entiende que si bien por su naturaleza este tipo penal es susceptible de ser cometido en cualquier momento, los controles implantados por la SMAP reducen las probabilidades que esto tenga lugar y quedan notablemente reducidas hasta una valoración de riesgo medio.

No obstante, se recomienda realizar formaciones complementarias a los trabajadores de la SMAP durante el año 2024 para prevenir cualquier actuación relacionada con este delito penal, y auditorías internas de calidad para comprobar el nivel de conocimiento y cumplimiento de los trabajadores. Así

mismo, a modo de sugerencia, se recomienda realizar auditorías de cliente misterioso o cliente incógnito para evaluar y medir la calidad de la atención y detectar si existen riesgos por este delito penal.

2.5. Delito contra los derechos de los trabajadores

A. Tipo penal – Artículo 311 del CP

El artículo 311 del CP, penaliza en el nuevo apartado 2 la imposición de condiciones ilegales a los trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, con el objetivo de solventar el problema de los falsos autónomos, así dispone que:

<< 2n. Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa.”

B. Elemento objetivo

Las acciones penadas por el nuevo apartado 2 del artículo 311 es la imposición de condiciones ilegales a los trabajadores con fórmulas que no son propias del contrato de trabajo.

C. Elemento subjetivo

El tipo penal contemplado al nuevo apartado 2 se refiere a un sujeto pasivo diferente al de los otros tipos penales. De esta manera, se refiere al trabajador que sin existir un contrato laboral y sin ser un autónomo puede probar que existe una relación laboral entre el empresario y el trabajador y que este ha impuesto condiciones laborales ilegales.

D. Actividad de riesgo

El bien jurídico protegido en este delito penal es el derecho de los trabajadores, y más concretamente sus condiciones y derechos mínimos para ejercer su vida profesional, la libertad en el trabajo, la estabilidad en el trabajo, el funcionamiento legal del mercado de mano de obra, la igualdad en las relaciones laborales, la libertad sindical y el derecho de paro entre otros.

Este delito penal tiene un riesgo inherente para todas las empresas con un alto volumen de trabajadores. Así la empresa es susceptible de ser culpable cuando no se faciliten los medios de protección adecuados a los trabajadores ni los forman sobre la obligatoriedad y la necesidad de adoptar estas medidas, cuando se contrata a trabajadores sin darlos de alta al régimen de la

Seguridad Social o contratar personal, que no tenga la residencia legal en España, cuando se imponen condiciones ilegales a trabajadores con fórmulas no son propias del contrato de trabajo, y cuando se impide a los trabajadores ejercer el derecho de huelga.

Los derechos de los trabajadores son indisponibles y irrenunciables, por lo que el consentimiento del trabajador/a ante situaciones ilegales no eximiría a la empresa de responsabilidad.

E. Controles existentes y Plan de acción

Para prevenir este delito penal la SMAP cuenta con el plan de Prevención de Riesgos Laborales, la contratación del Servicio Balear de Prevención para integrar de manera efectiva la prevención en la estructura de la empresa, el Servicio de Prevención de riesgos laborales Ajeno, el Código de conducta de la SMAP y la habilitación del canal de denuncias a través del cual cualquier persona que tenga conocimiento de alguna irregularidad referente a este delito penal pueda comunicarla a la empresa.

Asimismo, las relaciones laborales entre la SMAP y los trabajadores se rige por el VI Convenio colectivo general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes y por el Estatuto de los Trabajadores para los trabajadores de BiciPalma.

A todos los trabajadores se hace entrega de los equipos de protección individual relativos a sus funciones y la SMAP se asegura de que esta entrega con las hojas de firma. Y la SMAP se asegura de poner a disposición de la empresa contratista el plan de prevención de las instalaciones de SMAP, además de establecer por cláusula contractual que la empresa contratista se responsabiliza de la situación laboral de sus trabajadores al corriente de pago de seguridad social y la utilización de EPIS, garantizando la indemnidad de la SMAP por estos conceptos.

No obstante estos controles, por el algo volumen de trabajadores de la SMAP, el riesgo de este delito penal se ha identificado como Alto. Por esta razón, se recomienda continuar con las campañas de sensibilización y concienciación identificadas anteriormente, con las formaciones a los trabajadores sobre la prevención de riesgos laborales y de riesgos penales, y la realización del protocolo o plan de acogida o bienvenida.

Asimismo se recomienda actualizar los planes de autoprotección y los roles descritos en este y realizar una auditoría interna sobre el sistema de prevención de riesgos laborales.

2.6. Delito de malversación

A. Tipo penal – Artículo 432 del CP

El delito de malversación ha sido modificado por penalizar la apropiación con ánimo de lucro del patrimonio público, el uso temporal de bienes sin ánimo de apropiación, y el desvío presupuestario y gastos de difícil justificación.

Así la nueva redacción del **artículo 432 C.P.**, contiene el tipo básico del delito de malversación, y regula específicamente el comportamiento del funcionario público que puede ser condenado:

“1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se apropie o consienta que un tercero, con el mismo ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o en ocasión de estas, ha de ser castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial por cargo u ocupación pública y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por un tiempo de seis a diez años.

2. Se deben imponer las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por un tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren el apartado anterior ha concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

- a) se ha causado un daño o perturbaciones graves al servicio público,
- b) el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado exceda los 50.000 euros,
- c) las cosas malversadas son de valor artístico, histórico, cultural o científico; o si se trata de efectos destinados a aligerar alguna calamidad pública.

Si el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excede los 250.000 euros, se debe imponer la pena de prisión en la mitad superior, y se puede llegar hasta la superior en grado.

Los hechos a que se refiere este artículo han de ser castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso con la inhabilitación especial por cargo u ocupación pública y derecho de sufragio pasivo por un tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor del patrimonio público sea inferior a 4.000 euros.”

Se añade el **artículo 432 bis** para castigar la conducta de la autoridad o funcionario público que destine patrimonio público a fines privativos sin ánimo de apropiárselo:

“La autoridad o funcionario público que, sin ánimo de apropiárselo, destine usos privados el patrimonio público puesto a cargo por razón de sus funciones o en ocasión de estas, incurrir en la pena de prisión de seis meses a tres años, y suspensión de ocupación o cargo público de uno a cuatro años.

Si el culpable no reintegra los mismos elementos del patrimonio público sustraídos dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le deben imponer las penas del artículo anterior.”

También se modifica el **artículo 433 CP**, estableciendo pena por el desvío de fondos que pertenecen a la administración pública a un uso diferente de aquella a la cual esté destinado: disponiendo que:

“La autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores, de al patrimonio público que administra una aplicación pública diferente de aquella a la cual esté destinado, incurre en las penas de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de ocupación o cargo público de dos a seis años, si resulta daño o perturbaciones graves del servicio al cual esté consignado, y de inhabilitación de ocupación o cargo público de uno a tres años y multa de tres a doce meses, si no resulta.”

Asimismo, se añade al **artículo 433 ter** que dispone:

“A los efectos de este Código, se entiende por patrimonio público todo el conjunto de bienes y derechos, de contenido económico patrimonial, pertenecientes a las administraciones públicas.”

Se modifica el **artículo 434**, estableciendo una reducción de la pena si se repara el perjuicio causado, disponiendo concretamente que:

“Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo ha reparado de manera efectiva e íntegra el perjuicio causado en el patrimonio público antes del inicio del juicio oral, o ha colaborado activamente y eficazmente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para identificar o capturar otros responsables o para aclarar por completo los hechos delictivos, los jueces y tribunales deben imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados.”

Finalmente, concreta el **artículo 435** las penas correspondientes a las personas jurídicas:

“5º. A las personas jurídicas que de acuerdo con el que establece el artículo 31 bis sean responsables de los delitos que recoge este capítulo. En estos casos se imponen las penas siguientes:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados cuando la cantidad resultante sea más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados cuando la cantidad resultante sea más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el inciso anterior.

c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados si la cantidad resultante es más elevada, en el resto de los casos.

Atendiendo las reglas que establece el artículo 66 bis, los jueces y tribunales asimismo pueden imponer las penas que recogen las letras b a g del apartado 7 del artículo 33.”

B. Elemento objetivo

Las acciones consisten en la apropiación con ánimo de lucro del patrimonio público, el uso temporal de patrimonio público sin ánimo de apropiación, y dar al patrimonio público administrativo una aplicación pública diferente de aquella a la que esté destinada.

C. Elemento subjetivo

El autor de la conducta anteriormente referida debe obrar con dolo, es decir, con conocimiento, y no se permiten formas imprudentes de comisión de este tipo penal.

Aunque también se castiga la conducta de comisión por omisión, porque se entiende que el sujeto activo tiene un deber jurídico de garantía sobre el patrimonio público.

D. Actividad de riesgo

Este delito es aplicable a la SMAP debido a que su configuración y encomiendas de gestión implican el manejo de fondos públicos, puede darse la posibilidad de distraer fondos públicos previstos para finalidades diferentes.

E. Controles existentes y Plan de acción

Este control queda mitigado con la función del responsable de gestión de fondos públicos que vela por el cumplimiento de la gestión financiera, la existencia del propio plan de Prevención de Riesgos Laborales, los poderes mancomunados del Gerente o Presidente y del Jefe de sección contable o Jefe de Área Técnica y Explotación, el Código de conducta de la SMAP, y la habilitación del canal de denuncias a través el cual cualquier persona que tenga conocimiento de alguna situación relacionada con este delito penal la pueda comunicar a la empresa.

Además de estos controles la SMAP no dispone de tarjeta de crédito de empresa, el responsable de caja comprueba los justificantes y comprobantes de manera diaria en los aparcamientos y mensual en las oficinas, y se revisa

que las facturas de los proveedores estén autorizadas por el responsable correspondiente. La adjudicación de los contratos se ajusta a la Ley 9/2017 de contractes del Sector Público y en el caso de que después de la liquidación se produzca un descuadre, se determinen las causas, se comunica a la persona que lleva la contabilidad para que anote la incidencia, contabilice el cobro correcto y lleve la diferencia a la cuenta de gasto.

La existencia de estos controles hace que entendamos que si bien por naturaleza es un tipo penal susceptible de ser cometido en cualquier momento, las probabilidades que esto tenga lugar quedan notablemente reducidas hasta una valoración de riesgo medio. No obstante, se recomienda realizar formaciones complementarias a los trabajadores de la SMAP durante el año 2024 para prevenir cualquier actuación relacionada con este delito penal, y encuestas y/o cuestionarios para evaluar el conocimiento de los trabajadores de la SMAP en relación a este delito penal.