

MEDIACIÓN Y COMPLIANCE*

Juan Carlos Velasco Perdigones
Universidad de Cádiz

I. INTRODUCCIÓN: OBJETO, MÉTODO Y FUENTES

En los últimos años, el fenómeno de *Compliance* ha supuesto una revolución en el espectro ético-corporativo de las organizaciones. La sociedad, cada vez más, viene requiriendo determinados comportamientos, valores, ética y creencias. El cumplimiento normativo o *Compliance* tiene como misión la consecución de una verdadera cultura ética corporativa y, en cierta medida, la promoción y el mantenimiento de la paz organizacional.

En España, la primera manifestación de carácter legal se produce con la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante las Leyes Orgánicas 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo, las cuales reforman el Código Penal (CP) e incorporan al ordenamiento mecanismos para la exoneración y atenuación de hipotéticas penas, siempre que la organización cumpla con determinados requisitos. El fundamento intrínseco de esta modificación normativa es la promoción, mediante la prevención, de una verdadera cultura ética empresarial y, por consiguiente, disponer de un entorno corporativo de paz. Sin embargo, como en cualquier otro ámbito, las medidas de *Compliance* no asegurarán completamente que en el seno empresarial no se originen conflictos, incumplimientos o sanciones. El sistema de *Compliance*

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco de una estancia postdoctoral realizada en la *Biblioteca Interdipartimentale di Scienze Giuridiche* de la *Università La Sapienza* (Roma), cuya financiación ha sido a cargo del Plan Propio de Apoyo y Estímulo a la Investigación y a la Transferencia de la Universidad de Cádiz (2022/2023) (2022-015/PU/PP-EST-BREVES-INVEST-UCA/MV).

intentará prevenir o mitigar los riesgos mediante patrones de conducta y medidas de supervisión y control.

Las corporaciones que deciden implantar un sistema de *Compliance* quedan expuestas a una alta probabilidad de conflictos de origen diverso. Y es que, la aplicación de los modelos de organización y gestión (a los que se refiere la condición 1ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP) y el incumplimiento de las medidas establecidas en la organización, puede desencadenar en determinados procesos y procedimientos que tengan como consecuencia la incoación de un procedimiento disciplinario (requisito 5º apdo. 5 art. 31 *bis* CP). Como es natural, existirán diferencias o disputas en la organización por el cumplimiento y aplicación del sistema de *Compliance* (*v.gr.* las disputas generadas por denuncias, infracciones e informaciones; la incoación de procedimientos informativos o disciplinarios; los conflictos de intereses; la aplicación de medidas que puedan afectar a empleados, proveedores, clientes o aquel que se relacione con la organización; conflictos de independencia; o, incluso, las controversias propias de las funciones del órgano de *Compliance*). Lo ideal es que la entidad promueva sus propios mecanismos de solución, considerándose la mediación, por las ventajas que comporta el proceso, el método más eficaz.

Los modelos de organización y gestión o *Compliance Programs*, no sólo deben contener las condiciones enumeradas en el apdo. 5 del art. 31 *bis* CP, sino que, además, pueden incorporar sistemas alternativos de resolución de conflictos, en aras de afianzar la cultura de *Compliance* y el mantenimiento de la paz en la corporación. La implementación de la mediación organizacional como mecanismo de solución de conflictos y, complementaria al sistema de *Compliance*, comporta ventajas como la privacidad; la inmediatez; la ausencia de resentimiento de la corporación ante el incumplimiento, las irregularidades, la reputación; y, sobre todo, el aprendizaje de los agentes intervinientes de la importancia de una verdadera cultura del cumplimiento normativo.

Este trabajo tiene por objeto analizar cómo la mediación puede convertirse en uno de los mecanismos complementarios del sistema de *Compliance*, puesto que de la aplicación de este nacerán importantes focos de conflicto que habrá que neutralizar y evitar su exteriorización a otros agentes, ya que producirían un daño significativo (*v.gr.* en el ámbito reputacional). Se pone de relieve cómo la mediación, complemento de los modelos de organización y gestión, facilita la consecución de alguno de los objetivos propuestos para el entorno actual: una sociedad más ética y exigente con nuevos valores (en todos los ámbitos), así como el mantenimiento de la paz y la concordia¹. Además, se intenta identificar algunas de las materias susceptibles de mediación organizacional derivadas del *Compliance*; y, se dan unas notas sobre los perfiles profesionales de *compliance officer* y del mediador.

Se parte de una premisa: la necesaria cultura ética corporativa y su finalidad preventiva (*vid.* apdo. II), para, posteriormente, abordar cómo mejorar ésta con el complemento de la mediación (*vid.* apdo. III) y, así, contribuir al mantenimiento y refuerzo de la cultura de paz en la organización. Y es que, someter los conflictos derivados de la aplicación del *Compliance* a un proceso de mediación, entrañaría importantes beneficios en la entidad, puesto que con la mediación no sólo se previene o intenta solucionar un foco conflictivo, sino que hace que los sujetos intervinientes detecten la implicación, importancia y puesta en valor de todo lo que implica el fenómeno de *Compliance*.

El conocimiento jurídico y su aplicación necesitan de la utilización de una determinada metodología, es decir, un método racional que pretenda alcanzar la finalidad gnoseológica a la que se aspira (Herrera, 1998). La metodología que

¹ *Vid.* el Proemio que realiza el profesor Francisco J. Orduña Moreno en la obra de Eduardo Vázquez de Castro, *Compliance y contrato de seguro privado* (Vazquez de Castro, 2020).

se emplea en este estudio es de base cualitativa, concretándose en el análisis normativo, los postulados de la doctrina y la jurisprudencia de aquello que rodea al *Compliance* y a la mediación como mecanismo de solución de conflictos. La idea es emprender el objetivo propuesto mediante el recurso, principalmente, de las fuentes formales del Derecho y de otras derivadas como la literatura científica y los pronunciamientos de los tribunales.

Se recurre esencialmente a la interpretación e integración de dos normas jurídicas: *i)* el art. 31 *bis* CP como norma integradora del ordenamiento, que da origen, en cierto modo, a la cultura del *Compliance* (Penal); y, *ii)* a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMACM), fuente legal que sienta las bases de la mediación. Éstas, en determinadas ocasiones, son puestas en relación con el ordenamiento jurídico-privado, así como con los criterios científicos y jurisprudenciales. En el caso de España, el espectro de fuentes a integrar debe ampliarse a otras de carácter no jurídicas, tales como: la Circular 1/2016 FGE, de 22 de enero² y los estándares voluntarios de normalización nacional e internacional, utilizados de forma recurrente por el sector profesional (las denominadas normas UNE e ISO)³.

II. PUNTO DE PARTIDA: CULTURA ÉTICA CORPORATIVA Y ORDENAMIENTO PENAL

La reforma del CP (2010 y 2015) articula una serie de condiciones para que las corporaciones adopten una cultura ética que le permita acceder a una serie de beneficios⁴. La función de estos modelos queda patente en la norma y

² Referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 (FIS-C-2016-00001).

³ Numerosos estándares u orientaciones en materia de cumplimiento normativo se han dictado por organizaciones de carácter privado como la Asociación Española de Normalización (UNE) o la *International Organization for Standardization (ISO)*: v.gr. ISO 37001:2016 y 3701:2020; UNE 19601:2017.

⁴ *Vid.* Circular 1/2016 FGE, p. 20.

en la Circular 1/2016 FGE: establecer una cultura ética corporativa⁵ y servir como mecanismo de exoneración⁶. El fundamento de este nuevo marco es que se desarrolle una verdadera cultura del cumplimiento en la organización, lugar en el que pueden manifestarse problemas, conflictos, diferencias o disputas en relación a la consecución de tales fines. Un buen sistema de *Compliance* apostará por la solución amistosa, flexible y amable de estas controversias, favoreciéndose positivamente la citada cultura ética corporativa (Vázquez de Castro, 2020, 124).

La exigencia de un modelo de organización y gestión se considera una *condictio sine qua non* para la exención y, en su caso, atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; exigibles para los dos grupos de sujetos que pueden transferir la responsabilidad [a) y b) apdo. 1 art. 31 *bis* CP]. Los modelos de organización y gestión, también denominados *Compliance programs* o programas de prevención de delitos, no sólo tienen por objeto evitar la sanción penal, sino que pretenden que la persona jurídica promueva una verdadera cultura ética⁷ y, consecuentemente, posibilitar la exoneración o atenuación de la responsabilidad penal.

El *Compliance* o cumplimiento normativo cobra especial importancia en España tras la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entendiéndose como uno de los instrumentos más apropiados para combatir la criminalidad económica y corporativa (Pérez Gil, 2017). Sin embargo, fenómenos como el buen gobierno corporativo y la ética empresarial habían sido ya objeto

⁵ A diferencia de lo expuesto por la jurisprudencia, señala la Circular 1/2016 FGE, p. 20: «los modelos de organización y gestión o *Corporate Compliance Programs* no tienen por objeto evitar la sanción o pena de la empresa sino promover una verdadera ética empresarial».

⁶ *Vid.* SSTS (2ª) de 29 de febrero de 2016 (RJ 2016, 600), de 26 de junio (RJ 2018, 3693) y 18 de julio de 2018 (RJ 2018, 3591), de 9 de abril (RJ 2019, 1338) y 3 de julio de 2019 (RJ 2019, 2679), de 11 de marzo de 2020 (RJ 2020, 2164), de 3 de marzo de 2021 (RJ 2021, 84459).

⁷ *Vid.* Circular 1/2016 FGE, pp. 20, 26 y 32.

de preocupación e interés por prestigiosos juristas como el profesor Olivencia⁸. Y es que, en muchos sectores estratégicos de carácter regulado, mediante normas extrapenales, se contenían medidas de supervisión, vigilancia o control en determinadas organizaciones⁹ (v.gr. en los sectores asegurador, financiero, de blanqueo de capitales o en las empresas de servicios de inversión¹⁰).

III. LA MEDIACIÓN COMO COMPLEMENTO DEL SISTEMA DE *COMPLIANCE*

La mediación es un instrumento ideal para gestionar el conflicto derivado de la aplicación del *Compliance*. La idoneidad de este mecanismo de solución de conflictos radica en la orientación a la consecución de pactos sobre las controversias y, al mismo tiempo, a mantener la relación entre los contendientes. A través de esta fórmula, los intervinientes, unidos, en muchas ocasiones, por una relación laboral, empresarial o incluso familiar, podrán comunicarse entre sí, manifestado sus expectativas y necesidades, acompañados de un tercero, el

⁸ V.gr. La Comisión de Expertos encargada de la elaboración de un Código Ético sobre el funcionamiento de los Consejos de Administración de las Sociedades (Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de febrero de 1997). Como resultado de esta Comisión Especial se emitió un Informe sobre los Consejos de Administración y se propuso un Código de Buen Gobierno o «Código Olivencia» (este último en alusión a su presidente). Estos instrumentos, en términos generales, ponían de relieve una serie de recomendaciones a las sociedades cotizadas, relativas esencialmente al buen gobierno y ética empresarial. Vid. (Olivencia Ruiz, 2005) y (Olivencia Ruiz, 2005b).

⁹ Vid. (Vega Labela y Melón Muñoz, 2012).

¹⁰ Vid. Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre (BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2008); Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras (BOE núm. 72, de 24 de marzo de 2004); Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión (BOE núm. 81, de 31 de abril de 2014); Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo; Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, entre otras.

mediador, que facilita el diálogo entre ellos y que puede hacer ver la importancia del proceso de *Compliance*.

1. Mediación en los modelos de organización y gestión o *Compliance Programs*

Los modelos de organización y gestión o *Compliance programs* no son definidos en el CP, este sólo se limita a establecer dos previsiones: *i*) que el órgano de administración lo adopte y ejecute¹¹; y, *ii*) el contenido o los requisitos que ha de cumplir¹². Son numerosos los sinónimos utilizados para referirse a este instrumento de exoneración o atenuación de la responsabilidad criminal corporativa: programa de autorregulación corporativa (Villacorta Hernández, 2016), *Compliance program* (Tejada Plana, 2020)¹³, *Corporate program*¹⁴, *Criminal Compliance program* (Macías Espejo, 2020), programas de prevención y control, normas de autorregulación, plan de prevención de delitos, modelos de prevención y control (Gómez Doñate, 2018), modelos de organización y gestión (CP), etc. En términos genéricos, puede decirse que éstos son un conjunto sistematizado y documentado de procedimientos, adoptados y ejecutados por determinadas personas jurídicas, los cuales incluyen medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o reducirlos de forma significativa y, cuyo contenido mínimo se establece en el apdo. 5 del art. 31 *bis* CP¹⁵.

¹¹ *Vid.* condición 1ª apdo. 2 art. 31 *bis* CP.

¹² *Vid.* apdo. 5 art. 31 *bis* CP.

¹³ *Vid.* la terminología utilizada en la STS (2ª) de 28 de junio de 2018 (RJ 2018, 3693).

¹⁴ Circular 1/2016 FGE, p. 20.

¹⁵ *Vid.* (Navarro Hidalgo, 2017); (Velasco Núñez y Saura Alberdi, 2016); (Alarcón Garrido, 2016); (Aguilera Gordillo, 2017); (Enseñat de Carlos, 2016). Por su parte, (Poncela Díaz, 2017) apunta que «un programa de cumplimiento no es solo un documento que recoge procedimientos e instrumentos de análisis y detección de problemas (...), no son un documento meramente programático, sino de naturaleza normativa, sin perjuicio de que los principios, valores y reglas que contienen puedan ser luego desarrolladas a través de políticas específicas».

La función de estos modelos queda patente en la norma penal y en la Circular 1/2016 FGE: establecer una cultura ética corporativa¹⁶ y servir como mecanismo de exoneración¹⁷. De hecho, la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo asegura con contundencia cuál es la función esencial que desempeñan estos modelos de organización y gestión o programas de *Compliance*: servir de exoneración ante una eventual condena. En tal sentido, la STS de 28 de junio de 2018 (RJ 2018, 3693) advierte expresamente: «Octavo.- [...] De haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo, casos como el aquí ocurrido se darían con mayor dificultad, ya que en la mayoría de los supuestos el conocimiento de actividades, como las aquí declaradas probadas [...] no se hubieran dado, [...] de ahí, la importancia de que en las sociedades mercantiles se implanten estos programas de cumplimiento normativo [...]»¹⁸. Además, de la definición de *Compliance program* que contiene la citada resolución judicial, se revela su carácter finalista: «conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados».

En estas normas internas de la organización se puede introducir una cláusula genérica de sumisión a la mediación en caso de conflicto, pero, para

¹⁶ A diferencia de lo expuesto por la jurisprudencia, señala la Circular 1/2016 FGE, p. 20: «los modelos de organización y gestión o *Corporate Compliance Programs* no tienen por objeto evitar la sanción o pena de la empresa sino promover una verdadera ética empresarial».

¹⁷ *Vid.* SSTS (2ª) de 29 de febrero de 2016 (RJ 2016, 600), de 26 de junio (RJ 2018, 3693) y 18 de julio de 2018 (RJ 2018, 3591), de 9 de abril (RJ 2019, 1338) y 3 de julio de 2019 (RJ 2019, 2679), de 11 de marzo de 2020 (RJ 2020, 2164), de 3 de marzo de 2021 (RJ 2021, 84459).

¹⁸ Postura reiterada en las SSTS de 9 de abril de 2019 (RJ 2019, 1338); de 3 de julio de 2019 (RJ 2019, 2679); de 11 de marzo de 2020 (RJ 2020, 2164); de 3 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1052), entre otras.

evitar tener que modificar el instrumento cada vez que se alteren las eventuales partes de la mediación, habría que incorporar esta sumisión expresa en el clausulado de cada individual negocio jurídico. Es decir, una previsión general en el *Compliance Program* acerca de la mediación como política de la entidad, de promoción de la paz y la prevención y, otra específica, para cada relación jurídica particular con la corporación (*v.gr.* en los contratos de trabajo; contratos con proveedores y clientes; en los contratos con la alta dirección; pactos con los administradores, en el contrato de *Compliance*¹⁹, etc.). En tal caso, la autonomía de la voluntad y la libre disposición suponen el reconocimiento de la libre participación de las partes en el proceso de mediación. Así, conforme al art. 6.2 Ley 5/2012, de 6 de julio, cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Ahora bien, nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo (*ex art.* 6.3 LMACM). Además, sería recomendable establecer las materias de *Compliance* (u otras) que serían objeto del proceso de mediación organizacional.

2. Ámbito y materias susceptibles de mediación

El art. 2 LMACM establece el ámbito de aplicación de la norma, identificándose dos ámbitos: la mediación que pueda surgir de los asuntos civiles o mercantiles (incluidos los conflictos transfronterizos) siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. La norma no detalla a qué asuntos civiles y mercantiles se refiere, por lo que se amplifica a todos aquellos supuestos en los exista disponibilidad de las partes.

¹⁹ En lo relativo a esta novedosa relación jurídica, *vid.* (Velasco Perdigones, 2022).

El art. 2.1 LMACM no especifica un listado de materias indisponibles para las partes y, por tanto, excluidas de la mediación. El considerando 10 de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008 señala al respecto: «(...) no debe aplicarse a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable pertinente. Estos derechos y obligaciones son especialmente frecuentes en los ámbitos del Derecho de familia y del Derecho laboral». Se hace alusión a ámbitos que han de excluirse de la disponibilidad de las partes por razón de «orden público», es decir, a aquellos valores y principios esenciales con trascendencia jurídica de una comunidad.

El precepto continúa exhibiendo tres sectores de exclusión del ámbito de aplicación de la norma, ya que tales materias se encuentran, en cierto modo, reguladas por otras disposiciones de carácter especial:

— La *mediación penal*: el art. 84 CP muestra la posibilidad de que el juez o tribunal condicione la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de un acuerdo alcanzado por las partes en virtud de la mediación. La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, referente al estatuto de la víctima, señala que: «[l]os Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales (...). Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación (...). Así, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en su art. 15 regula el acceso de las víctimas a los servicios de justicia restaurativa con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios, estableciéndose como requisitos que: *i)* el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad; *ii)* la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento; *iii)* el infractor haya prestado su consentimiento; *iv)* el

procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y, v) no esté prohibida por la ley la mediación para el delito cometido.

— La *mediación con las Administraciones públicas*: la exclusión de la mediación en asuntos relativos a la Administración viene marcada por el art. 1.2 Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, el cual reza: «[n]o se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*)». En el derecho comunitario encontramos la Directiva 2017/1852, de 10 de octubre, del Consejo, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea, que pretende implantar opciones extrajudiciales consensuales en litigios, entre autoridades estatales de diferentes Estados miembros y mediante una comisión de resolución alternativa de litigios, en relación con la interpretación y aplicación de los tratados fiscales bilaterales, sobre doble imposición en renta y patrimonio. Del mismo modo, la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2017, con relación a la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, pide a la Comisión que revise la normativa para ampliar eficazmente el ámbito de la mediación a cuestiones administrativas. En el Derecho interno encontramos la mediación conectada con el proceso, incluida tanto la mediación intrajudicial amparada por el art. 77 LJCA, como las mediaciones producidas al margen del proceso (extraprocesales).

— La *mediación laboral*: ésta tiene una trayectoria más amplia en España. Son varios los preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) que se refieren expresamente a la mediación. Principalmente en materias como la movilidad geográfica (art. 40.2 ET); en las modificaciones

sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41. 4 ET); los asuntos relativos a la reducción de jornada o suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (art. 47.3 ET); el despido colectivo (art. 51.2 ET); en materia de vigencia de convenios colectivos (art. 86.4 ET); y, en la aplicación e interpretación de éstos (art. 91.2 ET). En el ámbito del proceso laboral, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social establece, como requisito previo al proceso, el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones (aunque existen excepciones ex art. 64 LRJS).

Por su parte, el art. 1814 CC prohíbe expresamente la posibilidad de transigir sobre dos bloques de materias: *i*) el estado civil de las personas (*v.gr.* nacimiento, filiación, nombre, emancipación, declaración de ausencia o fallecimiento, nacionalidad, vecindad civil, patria potestad, tutela, curatela, matrimonio, defunción); y, *ii*) las cuestiones matrimoniales o los alimentos futuros. La consecuencia de un eventual pacto sobre estas acarreará la nulidad radical del acto.

Naturalmente, el ámbito de aplicación de la LMACM no hace referencia a la mediación organizacional derivada de la aplicación del *Compliance* en una corporación. Para abordar cuáles son las materias relacionadas con el *Compliance* que serían susceptibles de mediación, habría que profundizar en la naturaleza de los modelos de organización y gestión a los que hace referencia el art. 31 *bis* CP. Como afirma parte de la literatura científica, los programas de cumplimiento son normas inspiradas en la autonomía de la voluntad que, desde su asunción, comienzan a ser normas de obligado cumplimiento ex art. 1255 y 1091 CC, pues no sólo nace de la fuerza vinculante de los contratos, sino que, además, tienen un carácter vinculante a través del denominado *Soft Law* (Vázquez de Castro, 2020). Esto lleva a afirmar que se está ante una serie de

normas de autorganización, adoptadas voluntariamente y, por tanto, vinculantes entre las partes que las suscriben (reglas *inter partes* de carácter privado). Estas reglas privadas no serían auténticas normas jurídicas al faltarles el requisito de la generalidad en su aplicación, consolidándose su obligatoriedad en la expresa voluntad o consentimiento de las personas obligadas (Cuevillas Matozzi y Velasco Perdigonés, 2022).

Lo importante es que las materias objeto de mediación sean disponibles para las partes, considerándose así aquellas que no tengan una trascendencia de orden público que deban ser sometidas a la revisión jurisdiccional. Así, podría ser sometido a mediación en la organización aquellos conflictos derivados de la aplicación del *Compliance* como, por ejemplo:

- las disputas generadas por denuncias, infracciones e informaciones;
- la incoación de procedimientos informativos o disciplinarios;
- los conflictos de intereses y de independencia entre el órgano de *Compliance* y la organización;
- la aplicación de medidas de *Compliance* que puedan afectar a empleados, proveedores, clientes o aquel que se relacione con la organización;
- las controversias propias de las funciones del órgano de *Compliance* y los deberes de éste;
- las indemnizaciones y compensaciones derivadas de la relación profesional de *Compliance*.

3. El *compliance officer* y el mediador en la organización

El oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer* es un profesional autónomo e independiente, ya desempeñe sus funciones de forma colegiada o individual, interno o externo de la persona jurídica, que mediante la aplicación de sus conocimientos y experiencia, desarrolla dos funciones principales: *i)* la supervisión, vigilancia y control de los modelos de organización y gestión (o *Compliance programs*); y, en su caso, *ii)* el diseño, elaboración y/o colaboración en su implantación (Velasco Perdigones, 2022, p. 63), funciones que no deben ser confundidas con las que desempeña un mediador.

Respecto al profesional de la mediación, de la LMACM se extrae que el mediador es aquella persona natural cualificada que ejerce profesionalmente la mediación, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes, esto es, poner los medios a su alcance para que dos o más sujetos intenten voluntariamente alcanzar por sí mismo el acuerdo sobre un latente conflicto [Preámbulo (III) y arts. 1, 11 y 13]²⁰. Por su fundamento, se trata de un tercero independiente y profesional (con un buen nivel de competencia técnica) no sometido a un sistema rígido como el judicial (Gianniti y Piccione, 2012, 9 y 448); un interlocutor neutral que intentará acercar a las partes en la búsqueda de la solución a sus controversias (Cocola, 2012).

Se está ante dos perfiles profesionales diversos, los cuales conviene diferenciar por las implicaciones, particularidades y posición de cada uno de ellos, respecto a las partes intervinientes en los procesos en los que desarrollan sus funciones (el de mediación y el de *Compliance*). En el caso del mediador, la intensidad de las emociones de los sujetos en conflicto dificulta las habilidades

²⁰ Hay que tener presente que determinadas entidades (*v.gr.* las Cámaras de comercio), instituciones o servicios de mediación reconocidos por las administraciones públicas (DF 1ª y DA 1ª LMACM) pueden asumir las funciones de mediación, las cuales deberán estar integradas por mediadores profesionales.

para comunicarse entre ellos y resolver sus desavenencias, por lo que este profesional será el que facilite ese acercamiento. La intervención satisfactoria de un tercero, el mediador (y no un *compliance officer*, cuyo papel es distinto²¹), en una situación de conflicto, en la que las partes tienen un determinado vínculo (laboral, profesional, familiar, empresarial, etc.), ayuda a que estas relaciones se preserven e, incluso, se fortalezcan al favorecer que los involucrados sean capaces de llegar por ellos mismos a acuerdos.

IV. CONCLUSIONES

La reforma del Código Penal ha impulsado normativamente el establecimiento de una cultura ética corporativa basada en la prevención del ilícito mediante el *Compliance*. Un sistema de cumplimiento normativo lleva consigo la probable existencia de controversias, desavenencias, incumplimientos, procedimientos disciplinarios, sanciones, etc. Así, el conflicto, en tales circunstancias, se pondrá de manifiesto en cualquier organización.

La cultura ética corporativa quedará reforzada con la implementación de la mediación en la organización, pues el mediador hará ver a los contendientes la importancia y el fundamento del *Compliance*, apostándose por la prevención y concienciación frente a la represión y sanción. La mediación, como sistema alternativo de solución de conflictos, se considera, así, el complemento idóneo de un sistema de *Compliance*. Esta se puede introducir en los modelos de organización y gestión como política general de la organización, con objeto de resolver las controversias que nazcan como consecuencia de la aplicación del *Compliance*.

²¹ Acerca de este profesional, su posición y funciones, *vid.* Velasco Perdigones, J.C. (2022). *La responsabilidad civil del compliance officer*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

Estos programas de cumplimiento nacen de la autonomía de la voluntad y, por tanto, vinculantes ex art. 1255 y 1091 CC, pero, la sumisión a la mediación (incardinada a éstos) deberá ser expresa e individualizada, ya que la inclusión en los modelos sería una declaración abstracta, para un genérico ámbito subjetivo. En cada una de las relaciones jurídicas individualizadas, conforme a lo establecido en el *Compliance Program* previo, se deberá pactar la sumisión expresa a la mediación para aquellos ámbitos de *Compliance* que se identifiquen (v.gr. disputas generadas por denuncias, infracciones e informaciones; incoación de procedimientos informativos o disciplinarios; conflictos de intereses y de independencia entre el órgano de *Compliance* y la organización; aplicación de medidas de *Compliance* que puedan afectar a empleados, proveedores, clientes o aquel que se relacione con la organización; controversias propias de las funciones del órgano de *Compliance* y los deberes de éste; indemnizaciones y compensaciones derivadas de la relación profesional de *Compliance*, etc.). Ante la existencia de este pacto, los contendientes deberán agotar e intentar el procedimiento de mediación ex art. 6.2 LMACM.

BILIOGRAFÍA

Aguilera Gordillo, R. (2017). Consideraciones para la fundamentación analítica de la responsabilidad penal de las corporaciones y los “Compliances”. En J.M Palma Herrera, y R. Aguilera Gordillo. *Compliances y responsabilidad penal corporativa*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.

Alarcón Garrido, A. (2016). Manual teórico-práctico del Compliance officer. Madrid: Sepín.

Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica

1/2015 (2016). *Boletín Oficial del Estado*, FIS-C-2016-00001. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001>

Cocola, B. (2012). Mediazione e Imparzialità. En S. de Francis, C. de Luca y L. Giannone (Eds.). *La mediazione*. CEDAM.

Cuevillas Matozzi, I. y Velasco Perdigones, J.C. (2022). *Fundamentos de Derecho Civil español*. Madrid: Tecnos.

Enseñat de Carlos, S. (2016). *Manual del Compliance Officer*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.

Gianniti, P. y Piccione, R. (2012). *La mediazione professionale nel sistema degli A.D.R.* UTET.

Gómez Doñate, P. (2018). Modelo de prevención y control. En AA.VV., X. Ribas (Dir.). *Practicum Compliance 2018*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Herrera, E. (1998). *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Buenos Aires: ASTREA.

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (2012). *Boletín Oficial del Estado*, 162. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/l/2012/07/06/5/con>

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (2015). *Boletín Oficial del Estado*, 77, 27061-27176. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (2010). *Boletín Oficial del*

Estado, 152, 54811-54883. Recuperado de
<https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/06/22/5>

Macías Espejo, B. (2020). Criminal compliance program y exención de responsabilidad penal ante la hipotética, si no inminente, industrialización del coche sin conductor. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6.

Navarro Hidalgo, M.V. (2017). Introducción. En AA.VV., I. Giménez de Zuriaga, (Dir.). *Manual Práctico de Compliance*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.

Olivencia Ruiz, M. (2005). Escritos jurídicos, vol. I. Sevilla: Fundación El Monte.

Olivencia Ruiz, M. (2005b). Escritos jurídicos, vol. II. Sevilla: Fundación El Monte.

Pérez Gil, J. (2017). Marco normativo supranacional y toma en consideración de los derechos de las personas jurídicas en el proceso penal. En A.J. Pérez-Cruz Martín y A.M Neira Pena (Coord.^a). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas* (pp. 25-46). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

Poncela Díaz, J.A. (2017). Cumplimiento normativo (Compliance) y responsabilidad civil. En J. López y García de la Serrana y S. Sucunza Toticagüena, (Dires). *Responsabilidad civil, derecho comparado y soluciones alternativas para la reparación del daño*. Madrid: Sepín.

Tejada Plana, D. (2020). Sobre el Departamento de Justicia estadounidense y los compliance programs: un énfasis renovado en la eficacia. *Aranzadi Digital*, 1.

Vázquez de Castro, E. (2020). *Compliance y contrato de seguro privado*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

Vega Labella, J.I. y Melón Muñoz, A. (2012). *Colección Sectores Regulados*. Madrid: Lefebvre.

Velasco Núñez, E., y Saura Alberdi, B. (2016). *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.

Velasco Perdigones, J.C. (2022). *La responsabilidad civil del compliance officer*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

Villacorta Hernández, M.A. (2016). La necesidad de establecer un programa de Compliance. *Revista Práctica de Derecho*, 191.

Palabras clave: COMPLIANCE PROGRAM, MEDIACIÓN, CONFLICTO, DISCIPLINA, INCUMPLIMIENTO

juancarlos.velasco@uca.es