



# La mediación en materia de *compliance* y su integración en los programas de cumplimiento

Juan Carlos Velasco Perdigones

Abogado

Profesor doctor de Derecho Civil. Universidad de Cádiz

[juancarlos.velasco@uca.es](mailto:juancarlos.velasco@uca.es) | <https://orcid.org/0000-0002-2219-3574>

## Extracto

Con la modificación del Código Penal –reformas de 2010 y 2015– ha nacido toda una cultura ética corporativa de la que pueden originarse desavenencias y focos conflictivos en una corporación. Una muestra de ello lo conforma uno de los pilares de la estructura de *compliance*, la implantación de un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas establecidas en los *compliance programs* (art. 31 bis CP apdo. 5.5.º). Este trabajo pretende poner de relieve cómo la mediación organizacional puede ser un sistema idóneo para resolver las disputas que se deriven del sistema de *compliance*. Así, la hipótesis de partida se ciñe al recurso de la mediación como sistema alternativo de resolución de los conflictos que nazcan como consecuencia del *compliance* y, por ende, servir de refuerzo y concienciación de la prevención y de la cultura ética corporativa. Como resultado, se propone la forma en que ha de integrarse la mediación en los programas de cumplimiento.

**Palabras clave:** cumplimiento normativo; mediación; conflicto; disciplina; incumplimiento.

Fecha de entrada: 08-09-2022 / Fecha de aceptación: 10-10-2022

**Citación:** Velasco Perdigones, J. C. (2022). La mediación en materia de *compliance* y su integración en los programas de cumplimiento. *Revista CEFLegal*, 263, 105-124.



# Compliance mediation and its integration into compliance programs

Juan Carlos Velasco Perdigones

## Abstract

With the modification of the Criminal Code –reforms of 2010 and 2015– a whole corporate ethical culture has arisen, which can give rise to disagreements and conflict in a corporation since one of the pillars of the Compliance structure is the implementation of a disciplinary system that punishes non-compliance with the measures established in the Compliance Programmes (art. 31 bis Criminal Code, section 5, paragraph 5). This paper aims to highlight how organizational mediation can be a suitable system for resolving disputes arising from the Compliance system. Thus, the starting hypothesis is limited to the use of mediation as an alternative system for resolving conflicts that arise as a result of Compliance and, therefore, to serve to reinforce and raise awareness of prevention and the corporate ethical culture. As a result, it proposes how mediation should be implemented in the Compliance system.

**Keywords:** compliance; mediation; conflict; discipline; default.

**Citation:** Velasco Perdigones, J. C. (2022). La mediación en materia de *compliance* y su integración en los programas de cumplimiento. *Revista CEFLegal*, 263, 105-124.



## Sumario

1. Preámbulo
  2. La era del compliance (no solo penal)
  3. La mediación como sistema de resolución de los conflictos derivados del compliance
  4. Conflictos que pueden surgir en la organización como consecuencia del compliance
  5. Cómo integrar la mediación en los compliance programs
    - 5.1. Los modelos de organización y gestión o compliance programs
    - 5.2. Contenido *ex* artículo 31 bis del CP: especial referencia al sistema disciplinario (apdo. 5.5.º)
    - 5.3. Procedimiento para la complementaria implementación de la mediación organizacional
      - 5.3.1. Decisiones organizativas previas
      - 5.3.2. Diseño de un sistema disciplinario complementado con la mediación
        - 5.3.2.1. Establecimiento de un catálogo de infracciones y sanciones
        - 5.3.2.2. Sometimiento a la mediación como política general de la organización
        - 5.3.2.3. Individualización del pacto de mediación
  6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



## 1. Preámbulo

La promoción y creación de una cultura de cumplimiento normativo es una realidad cada vez más relevante en todas las esferas de la sociedad. Este hecho, impulsado con las reformas del Código Penal (2010 y 2015), ha supuesto una verdadera revolución en el espectro ético-corporativo de las organizaciones. La sociedad ya no solo requiere la prestación de servicios o el intercambio de bienes, sino que viene demandando determinados comportamientos, valores, ética, creencias o responsabilidad social.

En España, la primera manifestación (de carácter legal) de la citada cultura ética corporativa 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 incorporan al ordenamiento mecanismos para la exoneración y atenuación de hipotéticas penas siempre que la organización cumpla con la consecución de una verdadera cultura ética a través de la implantación de un sistema de *compliance*<sup>1</sup> (art. 31 bis CP). 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, en cierta medida, de paz. Sin embargo, como en cualquier otro ámbito, las medidas de compliance no asegurarán completamente que en el seno empresarial no se

---

<sup>1</sup> El *compliance* o cumplimiento normativo consiste en la implantación de manera idónea y eficaz un modelo organizativo, cuyo fin consiste en prevenir que la sociedad incumpla alguna normativa concreta (Veiga Mareque y Fernández de Avilés, 2019, p. 9), es decir, tiene como objetivo principal implementar los procedimientos que aseguren el cumplimiento normativo interno y externo (Magro Servet, 2020, p. 52).

origenen conflictos, incumplimientos o sanciones. De hecho, el sistema de *compliance* solo pretende prevenir o mitigar hipotéticos riesgos por medio de 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 1.ª 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 del procedimiento disciplinario establecido en el *compliance program* (requisito 5.º apdo. 5 art. 31 bis CP). Como es obvio, en la organización existirán diferencias o disputas por el cumplimiento y aplicación del sistema de *compliance* (v. gr. los conflictos generados por las 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*). La entidad ha de ser la que 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 solo deben contener las condiciones enumeradas en el apartado 5 del art. 31 bis del 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 estudio, partiendo de la premisa de que la mediación es el sistema más óptimo para la resolución de los conflictos en materia de *compliance* –pues evita su exteriorización y un daño añadido–, pretende abordar cómo implementarla en los modelos de organización y gestión o *compliance programs* a los que se refiere el artículo 31 bis del CP, proponiéndose un marco abierto de temas susceptibles de medición.

Como en todo estudio jurídico, indicar que el conocimiento de las ciencias jurídicas 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 se emplea en este trabajo 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 fuen-

tes 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:

- a) El artículo 31 bis del CP como norma integradora del ordenamiento, que da origen, en cierto modo, a la cultura del compliance (penal).
- b) La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMACM), fuente legal que sienta las bases, en parte, de la mediación.

Las anteriores, 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, como la Circular 1/2016 FGE, de 22 de enero<sup>2</sup>.

## 2. La era del compliance (no solo penal)

El compliance o cumplimiento normativo fragua su génesis en los Estados Unidos, a comienzos del siglo XX, como respuesta a la mafia, la corrupción y el blanqueo de capitales (Enseñat de Carlos, 2016, p. 21). En estos tiempos se dictaron numerosas normas que pretendieron impulsar la función de compliance en las empresas americanas (*Pure Food and Drug Act* [1906], *Federal Reserve Act* [1913], *Clayton Antitrust Law* [1914], *Banking Act* [1933], *Securities Acts* [1933]). Sin embargo, este marco pronto comenzó a ser insuficiente. Los continuos casos de corrupción y escándalos financieros dejaban entrever la ineficacia y las carencias del nuevo marco legislativo (v. gr. el escándalo de Lockheed Corporation).

El 19 de diciembre de 1977 se publica la *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* y una serie de guías para su aplicación en los procesos judiciales, con el objeto de criminalizar las conductas relacionadas con el soborno. Con esta norma se pretendía evitar prácticas corruptas, incluyéndose disposiciones antisoborno, requerimientos y prohibiciones. Surge también el Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO)<sup>3</sup>, dedicado a proporcionar liderazgo y orientación sobre el control interno de las organizaciones, la gestión de los riesgos empresariales y la disuasión del fraude (Alarcón

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> Este comité tiene por objeto la promoción del liderazgo a través de la gestión del riesgo empresarial, el control interno y la disuasión del fraude (vid. [www.coso.org](http://www.coso.org)).

Garrido, 2016, p. 23). Este nuevo marco impuso la necesidad de que las empresas contaran con programas de prevención del ilícito (*compliance programs*) y de una estructura organizativa para la vigilancia y el control del cumplimiento de las normas y de códigos éticos (Enseñat de Carlos, 2016, pp. 21-22).

A pesar de los cambios introducidos en la legislación americana, escándalos posteriores como el de Enron (2001) y la quiebra de Lehman Brothers (2008) (Cameo Cestero, 2014; Bratton, 2022) llevaron al legislador a dictar otra serie de normas (la *Sarbanes-Oxley Act* [2002] o la *Dodd-Frank Act* [2010]) que reforzaron y consolidaron la función del *compliance* en el ámbito empresarial. De este contexto, íntimamente ligado al derecho penal o sancionador, surge la necesaria implantación de una verdadera cultura ética corporativa.

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 apropiados para combatir la criminalidad económica y corporativa (Pérez Gil, 2017, pp. 25-46). Sin embargo, fenómenos como el buen gobierno corporativo y la ética empresarial habían sido objeto de preocupación e interés desde hacía algún tiempo<sup>4</sup>.

En muchos sectores estratégicos de carácter regulado, mediante normas extrapenales, se contenían medidas de supervisión, vigilancia o control de determinadas organizaciones (v. *gr.* en el asegurador, financiero, blanqueo de capitales o empresas de los servicios de inversión)<sup>5</sup>. Pero, realmente, el impulso de la figura del *compliance officer*, como experto o profesional del cumplimiento normativo, se ha de situar en torno a la entrada en vigor de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento español.

<sup>4</sup> 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 (2005b).

<sup>5</sup> *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.

Hoy día, el compliance ha cobrado tal magnitud e importancia que se encuentra en un amplio abanico de sectores del ordenamiento. Así, no solo ha de considerarse una cuestión del derecho penal, sino también de otros ámbitos como el laboral<sup>6</sup>, el tributario<sup>7</sup> o el administrativo<sup>8</sup>. La disciplina Derecho Civil tampoco puede permanecer inmutable ante esta inminente e importante realidad. Y es que, en este campo del saber también pueden originarse riesgos y sanciones patrimonialmente relevantes como consecuencia de la vulneración de normas o pactos (*v. gr.* responsabilidad civil, nulidad, anulabilidad, cumplimiento forzoso, ineficacia contractual, privación de derechos o de bienes jurídicos, etc. (Cuevillas Matozzi y Velasco Perdigones, 2022) y, que, quizás, a través de un eficaz sistema de compliance civil se puedan prevenir o reducir sus consecuencias jurídicas.

### 3. La mediación como sistema de resolución de los conflictos derivados del compliance

La mediación pretende dar solución a los conflictos o contiendas entre dos o más partes enfrentadas que, mediante un acercamiento voluntario a un tercero imparcial, el mediador, pretenden unificar su situación y ser guiados hacia un posible acuerdo (*vid.* preámbulo LMACM).

De la mediación se pueden extraer tres consideraciones: a) que es un procedimiento (o mecanismo) de resolución de controversias, alternativo al sistema judicial; b) disponible para las partes, fundado en la autonomía de estas (gestionan y resuelven el conflicto); y c) con la ayuda o intervención de un tercero, mediador, que actúa con imparcialidad y neutralidad, y no impone una solución (López Simó y Garau Sobrino, 2014).

La modificación del Código Penal (2010 y 2015) articula una serie de condiciones para que las corporaciones adopten una cultura ética que les permita acceder a una serie de beneficios. La función de estos modelos queda patente en la norma y en la Circular 1/2016 (Fiscalía General del Estado, 2016, p. 20): el establecer una cultura ética corporativa<sup>9</sup> y servir como mecanismo de exoneración de una eventual condena<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> *V. gr. vid.* Martínez Saldaña y Moreno Lucenilla (2018), Sánchez Pérez (2022) y Aspra y Muñoz (2017).

<sup>7</sup> *V. gr. vid.* Serrano (2019) y Santana Lorenzo (2019) y Santana Lorenzo y García Novoa (2019), entre otros muchos más.

<sup>8</sup> *V. gr. vid.* Junceda Moreno (2018), Campos Acuña (2017) y Aragón Román (2019), entre otros.

<sup>9</sup> 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».

<sup>10</sup> *Vid.* SSTS (Sala 2.ª) de 29 de febrero de 2016 (NCJ060873), 28 de junio de 2018 (NCJ063353), 18 de julio de 2018 (NCJ063446), de 9 de abril de 2019 (rec. de casación núm. 10632/2018), 3 de julio de 2019 (rec. de casación núm. 803/2018), 11 de marzo de 2020 (rec. de casación núm. 2381/2018) y 3 de marzo de 2021 (RJ 2021, 84459).

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 con la consecución de tales fines. El sistema de *compliance* ha de apostar por la solución interna y confidencial de las controversias, de forma amistosa, flexible y amable, favoreciéndose positivamente la citada cultura ética corporativa (Vázquez de Castro, 2020, p. 124), ya que la mediación puede servir tanto para alcanzar acuerdos como para hacer ver a los contendientes de la importancia del *compliance*, con preferencia a la disciplina y sanción. En muchas ocasiones, resulta imprescindible que el conflicto no trascienda de las fronteras de la estructura corporativa y se gestione con la mayor confidencialidad posible, como impone el artículo 9 de la LMACM.

La mediación promueve la búsqueda de soluciones que satisfagan las necesidades de los involucrados, considerándose una vía eficaz para resolver los conflictos que puedan nacer de la aplicación de un sistema de *compliance*. Esto es así porque, al ser las propias partes enfrentadas las que de forma voluntaria van a alcanzar un acuerdo para dar solución a sus desavenencias, el conflicto no queda expuesto a otros agentes externos a la organización, y el proceso de mediación puede servir de concienciación sobre lo que supone la cultura ética corporativa, fin primordial del fundamento del *compliance*. Con la aplicación de estos sistemas, las partes gestionan mejor sus intereses, ya que son estas las que resuelven su litigio mediante el diálogo y la cooperación, con la finalidad de que los contendientes ganen y pierdan algo con el acuerdo pactado (López Simó y Garau Sobrino, 2014), frente a la imposición de una medida por la corporación (en aplicación del sistema de cumplimiento) y que definitivamente acabe en los tribunales. Además, la idoneidad de este mecanismo de solución de controversias radica en la orientación a la consecución de pactos sobre las desavenencias y, al mismo tiempo, al mantenimiento de 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 mediador, que facilitaría el diálogo entre ellos y que puede hacer ver la importancia del proceso de *compliance* y de la cultura ética corporativa, antes que sancionar o reprimir las conductas disciplinariamente que pueden terminar judicializadas. La sanción puede conllevar al resentimiento, a la discordia y a la continua contienda entre las partes, no siendo este el verdadero espíritu de la cultura ética corporativa. Esta debe ir encaminada a la prevención, a la solución amistosa del conflicto y al mantenimiento de la paz en la organización en todos los sentidos, incluidos los derivados de la comisión delictiva.

#### **4. Conflictos que pueden surgir en la organización como consecuencia del *compliance***

El artículo 2 de la LMACM establece el ámbito de aplicación de la norma, identificándose dos ámbitos concretos: 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. El artículo 2.1 de la LMACM no especifica un listado de materias indisponibles para los contendientes y, por tanto, excluidas de la mediación (Velasco Perdigones, 2022b).

El precepto continúa exhibiendo tres sectores materiales 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:

- a) La mediación penal
- b) La mediación administrativa.
- c) La mediación laboral.

Por otro lado, en el ámbito jurídico-privado, el artículo 1814 del CC prohíbe expresamente la posibilidad de transigir sobre dos bloques de materias, sancionándose con la nulidad del acto:

- a) 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).
- b) Las cuestiones matrimoniales o los alimentos futuros (Velasco Perdigones, 2022b).

Naturalmente, el ámbito de aplicación de la LMACM no hace referencia a la mediación organizacional derivada de la aplicación del compliance en una corporación, puesto que queda restringida a las materias civil y mercantil propiamente dichas. Para abordar cuál es el espectro relacionado con el compliance, que sería susceptible de mediación, se hace necesario ahondar sobre la naturaleza de los modelos de organización y gestión a los que hace referencia el artículo 31 bis del 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* artículo 1255 y 1091 del CC, pues no solo nacen 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 autoorganización, 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 Perdigones, 2022, pp. 57-58).

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, podrían ser sometido a mediación aquellos conflictos derivados de la aplicación del *compliance* (o relacionados con este), tales como:

- a) Las disputas generadas por denuncias, infracciones e informaciones recibidas en la organización a través del canal de denuncias<sup>11</sup> u otros medios.
- b) La incoación de procedimientos informativos o disciplinarios.
- c) Los conflictos de intereses y de independencia entre el órgano de *compliance* y la organización.
- d) La aplicación de medidas de *compliance* y sanciones que puedan afectar a empleados, proveedores, clientes o aquel que se relacione con la organización.
- e) Las controversias propias de las funciones del órgano de *compliance* y los deberes de este.
- d) Las indemnizaciones y compensaciones derivadas de la relación profesional de *compliance*, así como de la relación jurídica propiamente dicha.

## 5. Cómo integrar la mediación en los *compliance programs*

### 5.1. Los modelos de organización y gestión o *compliance programs*

Los modelos de organización y gestión o *compliance programs* no son definidos en el Código Penal. La norma solo se limita a establecer dos provisiones principales:

- a) Que el órgano de administración los adopte y ejecute<sup>12</sup>.
- b) El contenido o los requisitos que han de cumplir<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Los canales de denuncia son mecanismos establecidos en una organización para tramitar las denuncias o quejas sobre comportamientos, acciones o hechos cometidos que puedan ser constitutivos de una infracción de la ley, del código de conducta u otras normas y procedimientos internos, o de la normativa sectorial reguladora de la actividad de la corporación (Armentia Morillas, 2018, p. 361). Este mecanismo tiene el propósito de detectar eventuales conductas de incumplimientos normativos o conductas delictivas a tiempo a través de denunciar eventuales incumplimientos (Belda Calvo, 2017, p. 62)

<sup>12</sup> *Vid.* condición 1.ª apartado 2 del artículo 31 bis del CP.

<sup>13</sup> *Vid.* apartado 5 del art. 31 bis del CP.

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)<sup>14</sup>, corporate program<sup>15</sup>, 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) o, como se determina en el Código Penal, modelos de organización y gestión, etc.

En términos genéricos, puede decirse que los modelos de organización y gestión a los que hace referencia el artículo 31 bis del CP 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 apartado 5 del artículo 31 bis del CP<sup>16</sup>, convirtiéndose en un elemento fundamental para el establecimiento de una verdadera cultura ética corporativa<sup>17</sup> y servir como mecanismo de exoneración<sup>18</sup> (Velasco Perdigones, 2022, pp. 75-76).

## 5.2. Contenido ex artículo 31 bis del CP: especial referencia al sistema disciplinario (apdo. 5.5.º)

El contenido o requisitos mínimos de los citados compliance programs se relacionan en el apartado 5 del artículo 31 bis del CP<sup>19</sup>. De estos elementos hay que prestar especial

<sup>14</sup> Vid. la terminología utilizada en la STS (Sala 2.ª) de 28 de junio de 2018 (RJ 2018, 3693).

<sup>15</sup> Circular 1/2016 FGE, p. 20.

<sup>16</sup> Vid. Navarro Hidalgo (2017), Velasco Núñez y Saura Alberdi (2016), Alarcón Garrido (2016), Aguilera Gordillo (2017) y Enseñat de Carlos (2016). Por su parte, otros autores apuntan 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» (Poncela Díaz, 2017).

<sup>17</sup> Vid. nota 9.

<sup>18</sup> Vid. nota 10.

<sup>19</sup> a) identifiquen las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos; b) establezcan los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos; c) dispongan de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos; d) impongan la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención; e) se establezca un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo; y f) se realice una verificación periódica del modelo y de su

atención al 5.º, referente a la configuración del sistema disciplinario, puesto que la disciplina conllevará a la existencia de un continuo foco de conflictos y desavenencias candidatas a un proceso de mediación. El establecimiento de un régimen disciplinario tiene su lógica, pues de nada servirá adoptar unas normas internas si no se habilita un sistema que sancione el incumplimiento de las medidas que establezcan los modelos de organización y gestión. Por tanto, la creación de un régimen disciplinario interno conllevará la exigencia de un catálogo de infracciones y sanciones, a modo de código de conducta, que contemple las consecuencias de aquellas conductas activas u omisivas que impliquen el quebrantamiento del sistema por parte de empleados, directivos, proveedores, clientes y todos aquellos a los que se les imponga su sometimiento (Aguilera Gordillo, 2018, p. 312). Donde exista una sanción, habrá un foco de conflicto que no debe trascender de la estructura de la organización. Así, se considera imprescindible que todo régimen disciplinario contemple la exigencia de mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos, concretándose en la mediación por los beneficios que comporta.

### 5.3. Procedimiento para la complementaria implementación de la mediación organizacional

La cuestión estriba en cómo se ha de proceder para implementar la mediación en la organización. Una de las soluciones es incluirla en los modelos de organización y gestión, puesto que el apartado 5 del artículo 31 bis del CP debe entenderse como un contenido mínimo, abierto a otras medidas que fomenten, refuercen o pongan en valor la cultura ética corporativa; y a esto contribuye la mediación en la organización.

#### 5.3.1. Decisiones organizativas previas

El órgano decisor de la persona jurídica es el competente para adoptar, antes de la comisión del delito, los *compliance* programs que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenirlo. La adopción del acuerdo deberá efectuarse conforme a las normas de organización de cada persona jurídica. Este acuerdo social, como muestra de la voluntad de la corporación, debe incluir, aparte de lo relativo al *compliance*, la implementación de la mediación y el establecimiento de su ámbito aplicativo. Esto sería una previsión general que habrá que detallar posteriormente mediante otros instrumentos jurídicos.

Así, toda la organización debe mostrar un compromiso firme y decidido (Larriba Hinojar y Navarro Valencia, 2019, p. 1.659) de desarrollar e implementar el sistema mediante el

---

eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios (apdo. 5 art. 31 bis CP).

establecimiento de unos valores, la fijación de los objetivos de compliance, la asunción de responsabilidades y la asignación de los medios económicos y humanos que se van a destinar a este respecto (Benítez Rodríguez, 2018, pp. 142-143). La entidad debe emitir una declaración formal y documentada, conforme a sus normas internas y ordenamiento aplicable, de su firme compromiso en favor del compliance. Entre dichos valores, políticas y objetivos puede estar la apuesta de la mediación como mecanismo complementario al sistema de compliance, con la finalidad de prevenir los conflictos y desavenencias que pueden nacer de la aplicación del sistema. Esto sería una previsión general y voluntaria de la corporación como apuesta decidida de resolver los problemas internamente, pero su eficacia es limitada, puesto que los destinatarios no quedarían vinculados jurídicamente frente a una declaración unilateral. Para ello, será necesario un pacto individualizado que tenga eficacia interpartes (*vid. infra* 5.3.2.3).

### 5.3.2. Diseño de un sistema disciplinario complementado con la mediación

En cierto modo, la eficacia de un sistema de cumplimiento se consigue a través de la existencia de consecuencias para los incumplidores, y prever para los cumplidores una serie de incentivos. De ahí que, el requisito 5.º del apartado 5 del artículo 31 bis del CP imponga el necesario establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de lo establecido en los programas de compliance. Esto es, la previsión de un elenco de medidas disciplinarias que castiguen a las personas que incumplan las políticas y procedimientos de la organización, aplicándose las consecuencias jurídicas en tiempo y forma. Como es natural, nadie desea ser sancionado por su conducta, pues supone la imposición de una determinada consecuencia, por lo general, negativa. Ante esta realidad, aflorará un eminente conflicto entre el incumplidor y quien ha de imponer la sanción, la organización. A veces, la imposición de una sanción no soluciona nada; puede tener una finalidad disuasoria, pero, por lo general, derivará en otros conflictos o desavenencias.

Lo importante es que el infractor tome conciencia de la importancia del compliance, la necesidad de cumplir con el sistema y transmitir al resto de la organización los valores de la cultura ética corporativa. El acercamiento entre el incumplidor y la organización ayudará a transmitir el fundamento del compliance, más que el desencadenante de un largo procedimiento de disciplina que busca el castigo más que la conciencia. Habrá situaciones en las que no quede más remedio que sancionar al infractor, pero una mediación previa ayudará a buscar una solución satisfactoria a la conducta antirreglamentaria.

La existencia de un proceso de mediación previo no pondrá en entredicho el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado 5 del artículo 31 bis del CP, puesto que lo relevante es disponer de un sistema disciplinario previsto. En el sistema existirá un régimen sancionador y un proceso de mediación previa a la imposición de una consecuen-

cia jurídica. La mediación asegurará la eficacia del modelo preventivo mediante la transferencia de los valores y la importancia del *compliance* en la corporación. A la mediación, de una u otra forma, más pronto que tarde, accederán las partes tras un conflicto, de ahí que no exista conveniente en configurarla *ex ante* a la imposición de una consecuencia jurídica.

### 5.3.2.1. Establecimiento de un catálogo de infracciones y sanciones

El artículo 31 bis 5.5.º del CP solo referencia al establecimiento de un sistema disciplinario, sin detallar cuál ha de ser el alcance y la extensión del citado procedimiento sancionador. Tampoco la Fiscalía General del Estado ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo han hecho, por lo que se deja abierto a la interpretación la forma de cumplimiento de dicho requisito. Parece quedar claro que este régimen ha de afectar a todos los miembros de la corporación y ha de respetar los principios fundamentales que rigen el proceso sancionador, especialmente la normativa laboral (Aguilera Gordillo, 2018b, pp. 498-499).

La organización ha de establecer un catálogo de infracciones y sanciones que contemple los castigos que se pueden imponer a aquel que con su conducta ha infringido las disposiciones del *compliance*. Estamos ante una realidad más bien represiva, que actúa frente a las conductas activas u omisivas de un individuo que quebranta las reglas.

El sistema disciplinario, además de contener un catálogo de infracciones y sanciones, puede incluir una serie de pautas de conducta que orienten el comportamiento del miembro del ente hacia el respeto de la normativa vigente y la mención de determinados principios generales o comportamientos éticos (Aguilera Gordillo, 2018b, p. 500). Dicha orientación del comportamiento hacia el respeto de la normativa vigente, a la que alude cierto sector doctrinal, se conseguiría con un proceso de mediación previo, en el que el mediador y las partes lleguen a importantes conclusiones sobre la cultura del *compliance*. El citado sistema de resolución de conflictos equilibra la balanza del sistema disciplinario, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad que ha de obedecer todo régimen sancionador. La desatención a este principio quebraría una exigencia de origen constitucional y podría producir graves desajustes y efecto contrario a lo que supone el *compliance* (Aguilera Gordillo, 2018b, p. 502).

### 5.3.2.2. Sometimiento a la mediación como política general de la organización

Las políticas posicionan a la organización frente a determinadas cuestiones (Benítez Rodríguez, 2018, p. 156), es decir, decisiones normativas voluntarias y de carácter interno a modo de principios y pautas de actuación general sobre cuestiones de interés. Estas han de adaptarse a la actividad de la organización, su cultura, objetivos, estrategias y valores (Enseñat de Carlos, 2016, p. 92). Así, si uno de los valores y objetivos de la entidad es la

prevención del conflicto y la promoción de la cultura de paz, la mediación organizacional puede ser diseñada como principio de actuación. En el caso concreto que se aborda, la voluntad general de la organización será la sumisión a la mediación en caso de un conflicto derivado de la aplicación del sistema compliance. Evidentemente, esta declaración de voluntad de sumisión a la mediación no vincula directamente a sus hipotéticos destinatarios, puesto que será necesario una concurrencia expresa de voluntades, es decir, un pacto *ex artículo 6* de la LMACM.

Una vez adoptada la voluntad de la corporación de someterse a la mediación, habría que determinar ante qué mediador se efectuará, recomendándose la externalización como garantía de independencia y autonomía (cuestión acorde con los principios que impone el compliance). Nada impide que se realice en el seno de la organización o por mediadores de esta, pero sería de interés establecer unas normas mínimas de regulación del servicio, sobre todo el velar por la independencia y regular la solución de eventuales conflictos de intereses, aparte de todo aquello que no esté previsto en la LMACM. Y es que, de la propia LMACM se extrae que la mediación puede organizarse del modo que las partes tengan por conveniente, no existiendo impedimento en establecer unas reglas que suplan las carencias de la regulación.

Como consecuencia del principio de voluntariedad de la mediación (*ex art. 6.1 LMACM*), la corporación no puede imponer este sistema de resolución de conflictos. En el compliance program se hará una declaración de intenciones como política general de la organización e invitará a cada implicado al inicio de un proceso de mediación por los conflictos que surjan en la aplicación del compliance.

### 5.3.2.3. Individualización del pacto de mediación

Aparte de esta genérica declaración, con cada implicado en el conflicto habrá que pactar por escrito el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir. Este pacto se podrá incluir en cada relación jurídica individualizada (*v. gr.* contratos de trabajo, relaciones jurídicas con proveedores y clientes; en los contratos con la alta dirección; pactos con los administradores, en el contrato de compliance<sup>20</sup>, etc.).

Sin embargo, hay que recordar que la mediación laboral queda excluida del ámbito de aplicación de la LMACM, pero el ordenamiento no prohíbe un proceso de mediación en la organización en la que intervenga un trabajador o con ocasión de sus relaciones laborales, siempre que exista disponibilidad y no esté vetada por cuestiones de orden público. Hay que tener en cuenta el papel que desempeñan los órganos administrativos de conciliación, mediación y arbitraje, sobre todo en lo relativo a los requisitos de procedibilidad, efectos

<sup>20</sup> En lo relativo a esta novedosa relación jurídica, *vid.* Velasco Perdigones (2022).

(arts. 63 y ss. LRJS) y eficacia de determinados actos (*v. gr.* la interrupción de la caducidad *ex art.* 59 ET). La LMACM excluye la mediación en materia laboral por circunscribirse la norma al exclusivo ámbito civil y mercantil. De hecho, algunos preceptos del Estatuto de los Trabajadores dejan abierta la puerta de la mediación en la empresa, al hacer mención al procedimiento de mediación o arbitraje «que sea de aplicación en el ámbito de la empresa» (arts. 40, 41, 51 ET), con lo que cabría afirmar la existencia de una mediación intraempresarial para asuntos laborales, pero con eficacia limitada para determinadas cuestiones y que no estén afectas al orden público.

En caso de sometimiento expreso, 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 artículo 6.2 de la LMACM, 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). Por tanto, manifestado el conflicto en materia de *compliance*, se intentará la mediación antes que acudir a los tribunales para confrontar judicialmente el objeto del conflicto.

## 6. Conclusiones

La mediación debe considerarse el sistema más óptimo para resolver los conflictos, desavenencias y confrontaciones que deriven del sistema de *compliance* que se ha implantado en la organización como consecuencia del artículo 31 bis del CP. El citado mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos tiene como beneficio la ausencia de externalización de la controversia a otras esferas que podrían perjudicar al fundamento del *compliance*. La confidencialidad del proceso se convierte en un pilar fundamental, ya que, a diferencia de la judicialización, la contienda no trasciende más allá del mediador y de las partes. Además, uno de los fundamentos de la mediación es la prevención del litigio, objetivo también perseguido por el *compliance* (prevención del litigio penal). El proceso de mediación permitirá concienciar a las partes sobre el *compliance* y la necesaria creación de una cultura ética corporativa, objeto difícilmente alcanzable cuando todo se judicializa, pues se incrementa la tensión, se originan nuevas desavenencias y se eterniza en el tiempo un foco que podría solucionarse en un corto periodo de tiempo.

Las eventuales materias de *compliance* que pueden ser objeto de mediación han de ser disponibles para las partes y, por ello, no contravenir el orden público. Así, se han extraído de forma orientativa (como *numerus apertus*) una serie de temas que pueden ser tratados en un proceso de mediación. Estas se circunscriben estrictamente a la función de *compliance* y su relación, no descartándose la mediación para otras materias si se estima conveniente.

En lo referente a la forma de implementar la mediación en el sistema de compliance, hay que resaltar que debe haber una apuesta decidida de la organización en establecer la mediación como complemento del régimen disciplinario establecido en el requisito 5.º del apartado 5 del artículo 31 bis del CP. Esta previsión se configuraría como una declaración unilateral de la corporación, como si se tratara de un valor o principio corporativo. Para que pueda tener efectos *inter partes* habrá que pactar por escrito el sometimiento a la mediación de aquellos conflictos de compliance que se determinen.

El proceso de mediación podrá desarrollarse internamente o acudir a mediadores externos, situación esta última más recomendable, por las notas de independencia y autonomía que profesa, en línea con los principios de compliance.

## Referencias bibliográficas

- Aguilera Gordillo, R. (2018). 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*. Thomson Reuters.
- Aguilera Gordillo, R. (2018b). Sistema disciplinario que castigue el incumplimiento: «código de conducta» y paradojas sobre sanciones desproporcionadas. En *Compliance. Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos* (pp. 497-504). Thomson Reuters Aranzadi.
- Alarcón Garrido, A. (2016). *Manual teórico-práctico del Compliance officer*. Sepín.
- Aragón Román, A. (2019). Guía práctica para la implantación de un sistema de prevención de riesgos jurídicos y administrativos en el sector público local «Local Public Compliance». *Revista Digital CEMCI*, 42, 1-19.
- Armentia Morillas, P. (2018). Canal de denuncias (Plan de acción e implantación del compliance program). En *Compliance*.
- Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos* (pp. 360-391). Thomson Reuters Aranzadi.
- Aspra, A. y Muñoz, S. (2017). Compliance laboral: la importancia de los procedimientos de identificación, análisis y gestión de los riesgos corporativos. *Economist & Jurist*, 25(203), 40-47.
- Belda Calvo, P. J. (2017). *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento-compliance management system*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Benítez Rodríguez, D. (2018). Estructura para el desarrollo de un sistema para la gestión del cumplimiento. En *Compliance. Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos*. Thomson Reuters.
- Bratton, W. (2002). Enron and the Dark Side of Shareholder Value. *Tulane Law Review*, Georgetown University Law Center, May. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.301475>
- Cameo Cestero, M. (2014). El Compliance Officer, retos y oportunidades en la empresa española. *Estrategia Financiera*, 321.

- Campos Acuña, C. (2017). *Compliance en la Administración Pública: Dificultades y Presupuestos*. CEMCI.
- Cuevillas Matozzi, I. de y Velasco Perdigones, J. C. (2022). *Fundamentos de Derecho Civil español*. Tecnos.
- Enseñat de Carlos, S. (2016). *Manual del Compliance Officer*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- Fiscalía General del Estado. (2016). 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*. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001>
- Gómez Doñate, P. (2018). Modelo de prevención y control. En X. Ribas (Dir.), *Practicum Compliance 2018*. Aranzadi.
- Herrera, E. (1998). *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Astrea.
- Junceda Moreno, J. (2018). Programas de cumplimiento y sector público. Especial mención a las empresas y entes públicos. *Presupuesto y Gasto Público*. Instituto de Estudios Fiscales, 91, 169-178.
- Larriba Hinojar, B. y Navarro Valencia, J. C. (2019). Modelos de organización y gestión de cumplimiento normativo y de prevención de delitos: De la teoría a la práctica. En J. L. Gómez Colomer (Dir.) y C. M. Madrid Boquín (Coord.), *Tratado sobre compliance penal* (pp. 1.657-1.676). Tirant lo Blanch.
- López Simó, F. y Garau Sobrino, F. F. (2014). *Mediación en Materia Civil y Mercantil*. Tirant lo Blanch.
- 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.
- Magro Servet, V. (Coord.). (2020). Gerencia de riesgos jurídicos de cumplimiento. En *Compliance Penal. Aplicación en empresas* (pp. 41-160). Lefebvre.
- Martínez Saldaña, D. y Moreno Lucenilla, I. (2018). La protección del whistleblower y el compliance laboral. *Revista de Información Laboral*, 12, 83-105.
- Navarro Hidalgo, M. V. (2017). Introducción. En I. Giménez de Zuriaga (Dir.), *Manual Práctico de Compliance*. Thomson Reuters.
- Olivencia Ruiz, M. (2005). *Escritos jurídicos*, vol. I (pp. 351 y 366). Fundación El Monte.
- Olivencia Ruiz, M. (2005b). *Escritos jurídicos*, vol. II (pp. 255-423). 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.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas* (pp. 25-46). Aranzadi.
- Poncela Díaz, J. A. (2017). Cumplimiento normativo (Compliance) y responsabilidad civil. En J. López y García de la Serrana y S. Sucunza Totoricagüena (Dirs.), *Responsabilidad civil, derecho comparado y soluciones alternativas para la reparación del daño*. Sepín.
- Sánchez Pérez, J. (2022). Compliance laboral: un reto necesario para las empresas del siglo XXI. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 61.
- Santana Lorenzo, Y. (2019). La revolución del «compliance» tributario. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 957.
- Santana Lorenzo, M. y García Novoa, C, (Dirs.). (2019). *Practicum Compliance tributario 2020*. Aranzadi
- Serrano, Y. (2019). Certificación de compliance: ahora también tributario. *AENOR*:



*Revista de la Normalización y la Certificación*, 347, 14-19.

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*. Thomson Reuters Aranzadi.

Veiga Mareque, J. A. y Fernández de Avilés, G. (2019). *Compliance para PYMES paso a paso*. Colex.

Velasco Núñez, E. y Saura Alberdi, B. (2016). *Cuestiones prácticas sobre responsabili-*

*dad penal de la persona jurídica*. Thomson Reuters.

Velasco Perdígones, J. C. (2022). *La responsabilidad civil del compliance officer*. Thomson Reuters Aranzadi.

Velasco Perdígones, J. C. (2022b). Mediación y Derecho Civil. (2.ª ed.). En A. Álvarez Alarcón y P. García Molina (Coords.), *Mediación y Derecho*. Thomson Reuters.

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