

Comentarios al Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

Con fecha 26 de enero de 2017, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas publicó un anteproyecto de ley, por el que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, abriendo una fase de audiencia pública hasta el 9 de febrero de 2017.

La finalidad de este documento es trasladar por parte de Emisores Españoles a la Subdirección General de Normalización y Técnica Contable del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en el marco de la audiencia pública abierta, aquellas cuestiones que bien requieren alguna clarificación o redacción alternativa, bien plantean dificultades de aplicación práctica.

En la elaboración de nuestras observaciones hemos tenido presente que la finalidad de este anteproyecto es transponer al ordenamiento jurídico español la “Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos” (en adelante “la Directiva”), por lo que partimos en todo momento del texto de esta Directiva.

Artículo primero. Modificación del Código de Comercio, aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885.

1º. Nueva redacción al apartado 5 del artículo 49.

• **Párrafo tercero de este precepto.**

«El estado de información no financiera consolidado incluirá la información necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad referente, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno e incluirá:»

La redacción dada a este apartado difiere mínimamente de la redacción utilizada por la Directiva. Aunque puede resultar sutil, creemos que la redacción dada en el anteproyecto puede dar lugar a una interpretación diferente a la que ofrece la Directiva, y que podría no resultar razonable desde el punto de vista de las entidades.

Por esta razón se propone que el anteproyecto sea más fiel a la redacción dada por la Directiva, proponiendo a tal efecto la siguiente redacción:

“El estado de información no financiera consolidado contendrá información, en la medida en que resulte necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo y el impacto de su actividad, relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así

como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno, y que incluya: (...)”.

- **Letra b) a continuación del párrafo tercero de este precepto.**

“b) una descripción de las políticas que aplica el grupo en relación con dichas cuestiones, que incluya los procedimientos aplicados de identificación y evaluación de riesgos, y adopción de medidas;”

La cuestión se refiere a la traducción de la expresión que en la versión inglesa de la Directiva es: *“(b) a description of the policies pursued by the undertaking in relation to those matters, including due diligence processes implemented.”* La versión en español de la Directiva establece en este punto *“que incluya los procedimientos de diligencia debida aplicados.”*

Aunque reconocemos que la redacción original de la directiva en este punto no es muy afortunada, consideramos que la interpretación que se le está dando dentro del anteproyecto no es acertada. Es cierto que no resulta claro a qué se refiere el legislador comunitario cuando habla de “procedimientos de diligencia debida”, pero creemos que la redacción propuesta por el anteproyecto no es correcta, en cuanto resulta redundante con lo que a continuación se indica en la letra d), que se refiere precisamente a los principales riesgos relacionados y a cómo se gestionan estos riesgos.

Consideramos que quizás nos aproximaríamos más a lo que pretendía regular el legislador comunitario si el anteproyecto se refiriera a “los procesos de verificación y control aplicados”. Esto estaría además en línea con lo que la Directiva expresa en su considerando número (6) cuando menciona que *“el estado no financiero debe asimismo incluir información sobre los procedimientos de diligencia debida aplicados por la empresa, también en relación con sus cadenas de suministro y subcontratación, cuando sea pertinente y proporcionado, con el fin de detectar, prevenir y atenuar los efectos adversos existentes y potenciales”*.

- **Antepenúltimo párrafo.**

“En casos excepcionales se podrá omitir información relativa a acontecimientos inminentes o cuestiones en curso de negociación cuando, en la opinión debidamente justificada de los miembros del órgano de administración, la divulgación de dicha información pueda perjudicar gravemente a la posición comercial del grupo, siempre que esa omisión no impida una comprensión fiel y equilibrada de la evolución, los resultados y la situación del grupo, y del impacto de su actividad. En tal caso se deberá informar de la naturaleza del acontecimiento en curso de negociación que se omite y las razones por las que esa información no ha sido desglosada.”

Consideramos que el anteproyecto se está excediendo de lo establecido por la Directiva a este respecto. Creemos además que precisamente en estos casos, en los que la divulgación de esta información puede perjudicar gravemente a la entidad o grupo, muy probablemente esta entidad o grupo no pueda tampoco informar sobre la naturaleza de ese acontecimiento en curso de negociación, ni tampoco sobre las razones por las que esa información no se desglosa.

2º. Se añaden los nuevos apartados 6 y 7 en el artículo 49.

“6. Una sociedad sujeta a la obligación de elaborar el estado de información no financiera consolidado, se entenderá que cumple con dicha obligación si elabora un informe separado correspondiente al mismo ejercicio que incluya la información que se exige para el estado de información no financiera consolidado a condición de que dicho informe separado se incorpore por referencia al informe de gestión y se someta a los mismos criterios de formulación, aprobación, depósito y publicación que el informe de gestión.”

El artículo 19a(4) de la Directiva permite que el informe no financiero se sustituya por cualquier otro documento que contenga esa información, siempre que sea publicado con el informe de gestión o bien se haga referencia a él en dicho informe y se publique en la web de la sociedad en un plazo máximo de seis meses. El anteproyecto va más allá haciendo necesario que sea aprobado, formulado, depositado (Registro Mercantil) y publicado siguiendo los mismos criterios que el de gestión, sin que la Directiva lo prevea.

También queremos matizar que la Directiva no habla de incorporación por referencia ni en su versión inglesa ni en la versión española, indicando únicamente que *“se haga referencia a él en el informe consolidado de gestión”* (*“and is referred to in the management report”*).

Por lo tanto, proponemos la siguiente modificación para alinear el texto con lo establecido en la Directiva:

“6. Una sociedad sujeta a la obligación de elaborar el estado de información no financiera, se entenderá que cumple con dicha obligación si elabora un informe separado correspondiente al mismo ejercicio que incluya la información que se exige para el estado de información no financiera a condición de que dicho informe separado se publique conjuntamente con el informe de gestión o se publique en un plazo no superior a seis meses contados a partir de la fecha de cierre del balance en la página web de la entidad y se haga referencia a él en el informe de gestión”

Artículo segundo. Modificación del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

Se reiteran los comentarios mencionados en relación al Artículo primero en aquello que resulte pertinente.

Artículo segundo. Modificación del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Tres. Se modifica la redacción del sub-apartado 6º de la letra c) en el apartado 4 del artículo 540.

“Una descripción de la política de diversidad aplicada en relación con el consejo de administración de la empresa por lo que respecta a cuestiones como la edad, el sexo, la discapacidad o la formación y experiencia profesionales, los objetivos de esa política de diversidad, las medidas y la forma en que se han aplicado y los resultados en el período de presentación de informes, así como las medidas que, en su caso, hubiera convenido en este sentido la comisión de nombramientos. En caso de no aplicarse una política de ese tipo, se deberá ofrecer una explicación al respecto.”

La redacción dada a este apartado difiere, por un lado, de lo mencionado en la Directiva, que se refiere a la edad, el género, la formación o experiencias profesionales, y por otro lado, también difiere del artículo 529.bis de la LSC, que establece que los procedimientos de

selección de consejeros deben favorecer la diversidad de género, de experiencias y de conocimientos.

En este mismo sentido, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado por la CNMV en febrero de 2015, en su principio 10 contempla también que la política de selección de consejeros promoverá la diversidad de conocimientos, experiencias y género en su composición, y así lo incluye en las recomendación 14, sobre cuyo cumplimiento total o parcial deben pronunciarse las Sociedades Cotizadas.

Por ello, entendemos que la modificación del artículo 540. c) 6º, adecuada para incluir lo citado anteriormente, debe seguir la redacción de la Directiva, el art. 529 bis de la LSC y el Código de Buen Gobierno de las Sociedades, por lo que se sugiere la siguiente redacción:

“Una descripción de la política de diversidad aplicada en relación con el consejo de administración de la empresa por lo que respecta a cuestiones como la edad, el género o la formación y experiencia profesionales, los objetivos de esa política de diversidad, las medidas y la forma en que se han aplicado y los resultados en el período de presentación de informes, así como las medidas que, en su caso, hubiera convenido en este sentido la comisión de nombramientos. En caso de no aplicarse una política de ese tipo, se deberá ofrecer una explicación al respecto.”

Finalmente, y en relación con los instrumentos de trasposición de la Directiva, queremos hacer notar, en primer lugar, que la adaptación de la Directiva se hace por medio de la modificación del Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio en lo que se refiere a entidades que formulen cuentas consolidadas. En segundo lugar, en lo relativo al resto de sociedades, la trasposición se hace modificando el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), por lo que queda limitada su aplicación a las entidades sometidas al ámbito de aplicación de este, dejando fuera a entidades que no son sociedades de capital pero que deben ser consideradas como entidades de interés público, y que deberían estar incluidas dentro del ámbito de aplicación siempre que se cumplan los requerimientos recogidos en el considerando 14 de de la Directiva *“que sean empresas matrices de un gran grupo, en cada caso con un número medio de empleados superior a 500, sobre una base consolidada por lo que respecta a los grupos”*