

HACIA UNA MAYOR TRANSPARENCIA: DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN NO FINANCIERA Y SOBRE DIVERSIDAD

CARLOS DE MIGUEL PERALES
Abogado*

Hacia una mayor transparencia: divulgación de información no financiera y sobre diversidad

Este artículo analiza la obligación de divulgar cierta información no financiera y sobre la política de diversidad aplicada al consejo de administración. Se centra en especial en los sujetos obligados, los plazos de cumplimiento, el contenido de la información que debe divulgarse y ciertos aspectos que pueden plantear dudas de interpretación, como el papel que deben tener los auditores.

Towards a Greater Transparency: Disclosure of Non-Financial and Diversity Information

Abstract: this article analyzes the obligation to disclose certain non-financial and diversity information in the board of directors. It is focused especially on the persons that are obliged to disclose, the terms to comply with the obligation, the content of the information to be disclosed and certain aspects that may pose doubts, such as the role of the auditors.

PALABRAS CLAVE

Divulgación de información, Medio ambiente, Cuestiones sociales y laborales, Derechos humanos, Corrupción, Soborno, Grandes empresas, Grupos de empresas.

KEY WORDS

Disclosure of information, Environment, Social and employee matters, Human rights, Corruption, Bribery, Large companies, Company groups.

Fecha de recepción: 5-9-2018

Fecha de aceptación: 15-9-2018

1 · EL REAL DECRETO-LEY 18/2017

El 25 de noviembre de 2017 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el que se modifican el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad¹; entró en vigor el día siguiente y trasponía 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.

El Real Decreto-ley 18/2017 establece para determinadas empresas la obligación de divulgar cierta información no financiera y la política de diversidad aplicada al consejo de administración. Como dice la Comunicación de la Comisión Europea 2017/C 215/01, sobre directrices sobre la presentación de informes no financieros (DOUE de 5 de julio de 2017², p. 2), se espera que el incremento

de la transparencia haga que las sociedades sean más resilientes y tengan un mejor rendimiento, tanto en términos financieros como no financieros. Se supone que con el tiempo esto deberá conducir a un crecimiento y un empleo más sólidos, un incremento de la confianza de las partes interesadas, en particular de los inversores y los consumidores³, y a inversiones a más largo plazo. Se considera que la divulgación adecuada de información no financiera es un elemento esencial para posibilitar la sostenibilidad de la actividad financiera, y que constituye una contribución importante a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, por ejemplo al Objetivo 12, en concreto la meta 12.6⁴, y al Objetivo 5, en con-

2 de la Directiva 2014/95/UE para ayudar a las sociedades a las que se aplica a divulgar información no financiera de manera pertinente, útil, coherente y más comparable. No es vinculante, pero sus directrices podrían representar mejores prácticas para todas las sociedades que divulgan información no financiera, incluidas otras no comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva (v. p. 4 de la Comunicación).

3 No solo los inversores y los consumidores son partes interesadas. La Comunicación de la Comisión (pág. 9) también cita a trabajadores, proveedores, clientes, comunidades locales, Administraciones públicas, grupos vulnerables, interlocutores sociales y sociedad civil.

4 Alentar a las empresas, en especial las grandes empresas y las empresas transnacionales, a que adopten prácticas sostenibles e incorporen información sobre la sostenibilidad en su ciclo de presentación de informes.

* Del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

1 En concreto, se modifican los artículos 49 del Código de Comercio («CCom»), 262 y 540 de la Ley de Sociedades de Capital («LSC») y 35 de la Ley de Auditoría de Cuentas («LAC»).

2 Esta Comunicación se elaboró de conformidad con el artículo

creto la meta 5.5⁵. Igualmente, se entiende que contribuye a la aplicación del Acuerdo de París sobre cambio climático; en concreto, se espera que una mayor transparencia conduzca a flujos financieros más coherentes con una evolución hacia bajas emisiones de gases de efecto invernadero y un desarrollo resiliente al cambio climático.

Estas obligaciones de dar información se suman a otras de contenido similar ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Así, la obligación de incluir indicadores clave de carácter no financiero que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial, incluida información sobre cuestiones relativas al medio ambiente y al personal, que se contiene en el párrafo tercero del artículo 262.1 LSC, además de la obligación de incluir en las cuentas anuales información sobre aspectos ambientales de acuerdo con la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 25 de marzo de 2002 (BOE de 4 de abril) por la que se aprueban normas para el reconocimiento, valoración e información de los aspectos medioambientales de las cuentas anuales.

En la actualidad, el Real Decreto-ley 18/2017 se está tramitando como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, y no es descartable que las Cortes Generales introduzcan modificaciones al texto legal que es objeto del presente comentario.

2 · SUJETOS OBLIGADOS Y PLAZOS

Los sujetos obligados a divulgar información no financiera son las sociedades de capital (sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas y sociedades comanditarias por acciones, art. 1.1 LSC) que reúnan los siguientes tres requisitos (cf. art. 262.5 LSC)⁶:

- Ser una «entidad de interés público» según se define en los arts. 3.5 LAC y 15 del Real Decreto 1517/2011 que lo desarrolla: las sociedades cotizadas, las entidades de crédito, las entidades aseguradoras, las empresas de servicios de inversión y las instituciones de inversión colec-

tiva con un determinado tamaño y sus sociedades gestoras, los fondos de pensiones con un determinado tamaño y sus sociedades gestoras, las fundaciones bancarias, las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico. Además, y con independencia de su naturaleza, es de interés público cualquier entidad cuyo importe neto de cifra de negocios y plantilla media durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, sea superior a 2.000.000.000 de euros y a 4.000 empleados.

- Tener un número medio de trabajadores superior a 500 durante el ejercicio al que se refiere la información objeto de divulgación.
- Reunir durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las siguientes tres circunstancias: (i) que el total de las partidas del activo sea superior a 20.000.000 de euros; (ii) que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 40.000.000 de euros; y (iii) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 250.

También están obligadas las sociedades que tengan la consideración de entidades de interés público (según la definición que se acaba de ver) y que además de formular cuentas consolidadas reúnan a nivel de grupo los otros dos requisitos antes indicados (art. 49.5 CCom)⁷.

Por lo que se refiere a la obligación de divulgar información sobre política de diversidad aplicada en relación con el consejo de administración, los sujetos obligados son las sociedades anónimas cotizadas (cf. art. 540.1 LSC). Como regla especial, las entidades pequeñas y medianas de acuerdo con la normativa sobre auditoría de cuentas (art. 3.9 y 3.10 LAC) únicamente estarán obligadas a propor-

⁵ Velar por la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles de la adopción de decisiones en la vida política, económica y pública.

⁶ Estos requisitos tienen como finalidad identificar un grupo de sujetos obligados que tengan una determinada entidad. Como dice la Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (pág. 2), el coste de obligar a las pequeñas y medianas empresas a cumplir estas obligaciones podría exceder a los beneficios.

⁷ Cuando una sociedad dependiente de un grupo sea, a su vez, dominante de un subgrupo, estará exenta de la obligación si dicha sociedad y sus dependientes están incluidas en el informe de gestión consolidado de otra sociedad en el que se cumple con dicha obligación. Si una entidad se acoge a esta opción, deberá incluir en el informe de gestión una referencia a la identidad de la sociedad dominante y al Registro Mercantil u otra oficina pública donde deben quedar depositadas sus cuentas junto con el informe de gestión consolidado o, en los supuestos de no quedar obligada a depositar sus cuentas en ninguna oficina pública, o de haber optado por la elaboración de un informe separado de acuerdo con el apartado siguiente, sobre dónde se encuentra disponible o se puede acceder a la información consolidada de la sociedad dominante (último párrafo del art. 49.6 CCom).

cionar información en materia de género (tercer párrafo del subapartado 6.º del art. 540.4 LSC).

Las obligaciones sobre información deben cumplirse para los ejercicios económicos que se inicien a partir del 1 de enero de 2017 (segundo párrafo de la disposición final cuarta del Real Decreto-ley 18/2017⁸)⁹. Los plazos de presentación son, para la información no financiera, los mismos que los del informe de gestión, ya que la información debe formar parte de él (cf. primer párrafo de los apartados 5 y 7 del art. 49 CCom y 5 del art. 262 LSC). Para la información sobre política de diversidad, los plazos son los mismos que los del informe anual de gobierno corporativo, del que aquella forma parte (v. subapartado 6.º del art. 540.4.c LSC).

La obligación de elaborar el estado de información no financiera cesa si se dejan de reunir durante dos ejercicios consecutivos dos de las tres circunstancias antes indicadas (las referidas a partidas del activo, importe neto de la cifra anual de negocios y número medio de trabajadores), o cuando al cierre del ejercicio el número medio de trabajadores empleados no excediera de 500 (segundo párrafo del art. 49.5 CCom y del art. 262.5 LSC).

3 · CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN QUE DEBE PROPORCIONARSE

3.1 · Propósito general de la obligación de divulgar información

El estado de información no financiera debe incluir la información necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad al menos respecto de cuestiones medioambientales, sociales, del personal, de respeto de los derechos humanos y de la lucha contra la corrupción y el soborno (primer párrafo del art. 49.6 CCom).

El Real Decreto-ley 18/2017 apunta alguna indicación sobre cómo cumplir esta obligación. Sobre esto nos extenderemos en las secciones 3.2 y 3.3, aunque adelantamos ya dos criterios relevantes.

Por un lado, el Real Decreto-ley especifica (noveno párrafo de la sección I de su exposición de motivos) que la obligación de divulgar información no financiera no debe entrañar cargas administrativas adicionales innecesarias para las pequeñas y medianas empresas, en los términos definidos en la LAC. Más en general, y de acuerdo con la Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (p. 2), se quiere mantener la carga administrativa en un mínimo; se exige a las sociedades que divulguen información pertinente y útil que sea necesaria para comprender su evolución, sus resultados, su situación y el impacto de su actividad, y no un informe exhaustivo y detallado.

Dicho esto, lo cierto —por otro lado— es que las empresas deben facilitar información adecuada sobre los aspectos respecto de los que existen más probabilidades de que se materialicen los principales riesgos de efectos graves (con independencia de que esos riesgos deriven de actividades propias de la empresa o estén vinculados a sus actividades), junto con los aspectos respecto de los que dichos riesgos ya se han materializado (véase también el noveno párrafo de la sección I de su exposición de motivos).

Esto significa que cada empresa debe discriminar entre las cuestiones a que se refiere la información: debe prestar más atención a aquellas en las que hay más probabilidades de que se materialicen los principales riesgos de efectos graves. Entramos así en un análisis valorativo: «más probabilidades» de «principales» riesgos de efectos «graves». En una palabra: materialidad. Es aquí donde se centra uno de los principales retos para el cumplimiento de la obligación de divulgar información: discriminar qué es lo relevante y qué no a los efectos de cumplir con la obligación de informar. A estos efectos podemos apuntar las siguientes ideas generales:

(i) La Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (pág. 5) recuerda que en el art. 2.16 de la Directiva contable (2013/34/UE) se define como información de importancia relativa significativa «aquella información cuya omisión o comunicación errónea se considere razonablemente que pudiera influir en decisiones que los usuarios adopten basándose en los estados financieros de la empresa. La importancia relativa de elementos individuales será evaluada en el contexto de otros elementos similares».

⁸ Los dos ejercicios computables a efectos de lo dispuesto en los arts. 49.5.b) CCom y 262.5.b) LSC serán el ejercicio 2017 y el inmediato anterior.

⁹ En los dos primeros ejercicios sociales desde la constitución de un grupo de sociedades, la sociedad dominante estará obligada a elaborar el estado de información no financiera consolidado cuando al cierre del primer ejercicio se cumplan, al menos, dos de las tres circunstancias antes mencionadas (las referidas a partidas del activo, importe neto de la cifra anual de negocios y número medio de trabajadores), siempre que al cierre del ejercicio se cumpla además el requisito de que el número medio de trabajadores empleados por las sociedades del grupo durante el ejercicio sea superior a 500 (tercer párrafo del art. 49.5 CCom y del art. 262.5 LSC).

(ii) Esta definición de la Directiva 2013/34 debe complementarse con la indicación genérica del primer párrafo del art. 49.6 CCom que ya hemos apuntado más arriba: el estado de información no financiera debe incluir la información necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad respecto a las cuestiones a que se refiere. Como dice la Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (pág. 5), el impacto (positivo o adverso, favorable o desfavorable) de la actividad de una sociedad es un aspecto importante que debe considerarse al divulgar la información no financiera; debe tenerse en cuenta a estos efectos el contexto de la sociedad (por ejemplo, sus circunstancias, situaciones concretas y consideraciones sectoriales) y el hecho de que lo que es material en un momento puede no serlo en otro, y viceversa, de tal forma que los criterios de materialidad deben revisarse periódicamente (pág. 6).

(iii) Al decidir qué divulgar hay que pensar en el destinatario de la información (inversores y consumidores, entre otros). La Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (págs. 7 y 8) apunta en este sentido las siguientes ideas:

- los usuarios de la información no deben verse inducidos a error por inexactitudes significativas, por la omisión de información significativa o por la divulgación de información poco significativa;
- la profundidad de la información divulgada sobre cualquier cuestión concreta depende de su importancia relativa;
- deben distinguirse claramente los hechos de las opiniones o interpretaciones;
- es conveniente utilizar un lenguaje sencillo y una terminología coherente, evitando los contenidos estereotipados y, cuando sea necesario, ofreciendo definiciones de los términos técnicos;
- la comprensión se puede mejorar también explicando aspectos internos clave de la información divulgada, como los métodos de medición, los supuestos subyacentes y las fuentes; y
- debe evitarse la información genérica o expresada de forma estereotipada que no sea significativa.

(iv) De acuerdo con la Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (pág. 7), se espera que las empresas describan la relación de las cuestiones no financieras con su estrategia a largo plazo, sus prin-

cipales riesgos y sus políticas. La empresa también debe explicar el alcance y los límites de la información divulgada, en particular cuando determinada información se refiera solo a una o a varias de sus divisiones o excluya divisiones específicas.

(v) La Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (pág. 7) también señala que debe divulgarse tanto información cualitativa como cuantitativa, y que deben tener debidamente en cuenta las normas sobre protección de datos personales (pág. 10).

Por lo que se refiere a la información sobre política de diversidad, la obligación consiste en incluir en el informe anual de gobierno corporativo una descripción de esta política aplicada en relación con el consejo de administración, incluyendo sus objetivos, las medidas adoptadas, la forma en la que se han aplicado y los resultados en el período de presentación de informes, así como las medidas que, en su caso, hubiera acordado en este sentido la comisión de nombramientos. Esta política comprenderá cuestiones como la formación y experiencia profesional, la edad, la discapacidad y el género, que se referirá a las medidas que, en su caso, se hubiesen adoptado para procurar incluir en el consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres (primer párrafo del subapartado 6.º del art. 540.4.c LSC)¹⁰.

De acuerdo con Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (pág. 19), la descripción de la política de diversidad del consejo no forma parte del estado no financiero, por lo que habrá que divulgar información significativa sobre diversidad como parte del estado no financiero (cuando resulte pertinente, entiendo).

3.2 · Aspectos que deben cubrirse respecto de las cuestiones no financieras

Como se ha apuntado en la sección 3.1 anterior, el estado de información no financiera debe referirse

¹⁰ Véase la Circular 2/2018, de 12 de junio, de la CNMV por la que se modifican las Circulares 4/2013 y 5/2013, ambas de 12 de junio. Por otro lado, la Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (pág. 20) apunta que cuando sea pertinente en razón de la ubicación geográfica de una sociedad y del sector de actividad en el que opere, convendrá también incluir la procedencia geográfica, la experiencia internacional, los conocimientos técnicos en las cuestiones de sostenibilidad pertinentes, la representación de los trabajadores y otros aspectos, como el origen socioeconómico.

al menos a cuestiones medioambientales, sociales, relativas al personal, relativas al respeto de los derechos humanos, y relativas a la lucha contra la corrupción y el soborno. Obsérvese que la norma dice «al menos». Por tanto, como confirma la Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (pág. 8), las sociedades deben divulgar también cualquier otra información que sea significativa, de tal forma que la divulgación de la información proporcione una imagen completa de la sociedad en el año a que se refiere el informe, y ello además de que estas cinco cuestiones específicas a menudo están interconectadas. Se espera que el estado ayude a conocer el modelo de negocio de una sociedad, su estrategia y la ejecución de esta, así como sus objetivos, y que explique las repercusiones a corto, a medio y a largo plazo de la información comunicada. En resumen: qué hace la sociedad, cómo lo hace y por qué.

En relación con cada una de las cinco cuestiones indicadas, el art. 49.6 CCom relaciona los extremos que deben incluirse en el estado de información no financiera¹¹. Estos extremos son los siguientes¹²:

- (i) Una breve descripción del modelo de negocio de la sociedad (o del grupo), esto es, según apunta la Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (pág. 10), cómo la sociedad genera y conserva valor a través de sus productos o servicios a largo plazo, cómo opera, su estructura. Esto incluye información sobre el entorno empresarial, los mercados en los que opera, sus objetivos y estrategias, y los principales factores y tendencias que pueden afectar a su futura evolución.
- (ii) Una descripción de las políticas que aplica la sociedad (o del grupo) respecto a estas cuestiones.

¹¹ Este artículo resulta de aplicación tanto al informe de gestión consolidado como, por remisión del art. 262.5 LSC, al informe de gestión de las sociedades de capital obligadas según se ha visto en la sección 2 anterior.

¹² Cabe no dar información en casos excepcionales cuando se trate de información relativa a acontecimientos inminentes o de cuestiones que están siendo objeto de negociación, siempre que la omisión no impida una comprensión fiel y equilibrada de la evolución, los resultados y la situación del grupo, y del impacto de su actividad. Además, el órgano de administración debe justificar que la divulgación de dicha información puede perjudicar gravemente a la posición comercial del grupo (quinto párrafo del art. 49.6 CCom y cuarto párrafo del art. 262.5 LSC). En esta línea, dice la Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (pág. 8) que esto no impide dedicar la debida consideración a información sensible desde el punto de vista comercial: la información puede facilitarse en términos más generales que aun así transmitan datos útiles a los inversores y otras partes interesadas.

La descripción debe incluir los procedimientos aplicados para la identificación y evaluación de riesgos y de verificación y control, incluyendo qué medidas se han adoptado¹³.

En relación con este extremo, dice la exposición de motivos del Real Decreto-ley (párrafo octavo de la sección I) que se debe incluir información sobre los procedimientos de diligencia debida aplicados por la empresa y, cuando sea pertinente y proporcionado, en relación con sus cadenas de suministro y subcontratación, para detectar, prevenir y atenuar efectos adversos existentes y potenciales. Los procedimientos de diligencia debida son las actuaciones realizadas para identificar y evaluar los riesgos, así como para su verificación y control, incluyendo la adopción de medidas.

Esta previsión es importante: en una economía globalizada las cadenas de suministro son complejas. No es infrecuente que una empresa incumpla normas como consecuencia del incumplimiento de un proveedor suyo (por ejemplo, puesta en el mercado de un producto que tiene un componente suministrado por un tercero que no cumple las especificaciones que le son aplicables, o instalación en un inmueble de materiales que no cumplen con los requisitos de seguridad de las personas). Por tanto, es relevante (aunque en muchos casos no sencillo) identificar y evaluar los riesgos derivados de las relaciones con suministradores y subcontratistas, verificarlos y controlarlos.

(iii) Los resultados de esas políticas. Esto puede incluir entre otros extremos, según la Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (pág. 12), la relación entre resultados financieros y no financieros y cómo se gestiona esa relación a lo largo del tiempo.

(iv) Los principales riesgos relacionados con las cuestiones no financieras vinculados a las actividades de la sociedad (o del grupo). Entre dichas cuestiones, cuando sea pertinente y proporcionado, se incluirán sus relaciones comerciales, productos o servicios que puedan tener efectos negativos en los ámbitos de esas cuestiones no financieras. Asimismo, se deberá describir cómo la sociedad gestiona dichos riesgos.

¹³ Si la empresa no aplica ninguna política en alguna de las cuestiones, tiene que ofrecer una explicación clara y motivada (segundo párrafo del art. 49.6 CCom). La misma regla se aplica a las políticas de diversidad (segundo párrafo del subapartado 6.º del art. 540.4.c LSC).

Como apunta la Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (pág. 12), la sociedad debe divulgar información significativa sobre los riesgos principales con independencia de si se derivan de sus propias decisiones o acciones o de factores externos.

(v) Indicadores clave de resultados no financieros que sean pertinentes respecto a la actividad empresarial concreta. Para facilitar la comparación de la información, tanto en el tiempo como entre entidades, se podrán utilizar estándares de indicadores clave no financieros que puedan ser generalmente aplicados y que cumplan con las directrices de la Comisión Europea en esta materia¹⁴.

Podemos apuntar los siguientes indicadores tomados de la Comunicación de la Comisión 2017/C/215/01, la *Guía de la CNMV* y el cuadro integrado de indicadores (CII-FESG) de la AECA:

- Sobre cuestiones medioambientales: emisiones de gases de efecto invernadero en toneladas métricas de equivalente de CO₂ e intensidad de gases de efecto invernadero; emisiones de otros contaminantes; gestión de residuos (por ejemplo, índices de reciclado); potencia instalada libre de emisiones; ahorro de energía; reciclaje de agua; consumo de energía; consumo de agua; generación de residuos; residuos gestionados y residuos reutilizados; consumo de energía/ingresos; y emisiones contaminantes/ingresos.
- Sobre cuestiones no relativas al personal: derecho al permiso parental, por sexo; número de accidentes de trabajo, tipos de lesiones o enfermedades profesionales; rotación del personal; temporalidad laboral, por sexo; tasa de retención de directivos y de plantilla; índice de integración (por ejemplo, referido a plantilla con discapacidad); nuevos empleados; horas de formación por empleado; índice de quejas y reclamaciones de los usuarios; índice de absentismo; jornadas perdidas por accidente laboral o enfermedades profesionales; diversidad de género de

empleados; diversidad de género en la alta dirección; estabilidad laboral; absentismo; creación neta de empleo; antigüedad laboral; regulación acerca de clientes y pago a proveedores; ingresos/empleados; remuneración a los empleados; creación neta de empleo/ingresos; y remuneración total del consejo/beneficio bruto.

- Sobre derechos humanos: frecuencia con que se producen repercusiones graves sobre los derechos humanos en relación con sus actividades o decisiones.
- Sobre la lucha contra la corrupción y el soborno: empleados que han recibido la formación adecuada y el número de acciones legales pendientes o concluidas sobre comportamientos contrarios a la competencia.

Al divulgar la información no financiera, las empresas *deben* basarse en marcos nacionales, de la Unión Europea o internacionales, y deben especificar en qué marcos se ha basado (cuarto párrafo del art. 49.6 CCom)¹⁵. Cabe citar como marcos que *pueden* utilizarse (párrafo décimo de la sección I de la exposición de motivos del Real Decreto-ley) el Sistema de Gestión y Auditoría Medioambientales (EMAS - Reglamento (CE) n.º 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo y Real Decreto 239/2013, por el que se establecen las normas para la aplicación de dicho Reglamento), el Pacto Mundial de las Naciones Unidas¹⁶, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos que ponen en práctica el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»¹⁷, las Líneas Directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales¹⁸, la norma (ISO) 26000 de la

¹⁵ La Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (pág. 3) dice que «pueden» basarse. Obviamente, debe prevalecer lo que dice el CCom.

¹⁶ Este Pacto es una iniciativa de la Organización de Naciones Unidas para que las empresas alineen sus estrategias y actividades con principios universales sobre derechos humanos, laborales, medio ambientales y anti-corrupción, y tomen acciones para avanzar en objetivos sociales. V. www.unglobalcompact.org (última consulta: 11 de agosto de 2018).

¹⁷ El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos estos Principios Rectores en su resolución 17/4 de 16 de junio de 2011.

¹⁸ Las Directrices actualizadas (y la Decisión conexas) fueron adoptadas el 25 de mayo de 2011 por los Gobiernos de 42 países, miembros y no miembros de la OCDE, adherentes a la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales y a la Decisión conexas. Son recomendaciones dirigidas conjuntamente por los Gobiernos a las empresas multinacionales, y contienen principios y normas de buenas prácticas conformes con las disposiciones legales aplicables y otras normas reconocidas internacionalmente.

¹⁴ Dice la *Guía de la Comisión Nacional del Mercado de Valores («CNMV»)* para la elaboración del informe de gestión de las entidades cotizadas (pág. 45) que, para los usuarios de la información, los indicadores (tanto de carácter financiero como no financiero) son útiles por tres motivos principales: para resumir la evolución de la entidad y la gestión llevada a cabo en una serie de datos clave; con el propósito de comentar las tendencias observadas y la coherencia de las cifras con los objetivos y estrategias aprobadas por los órganos de la entidad; y a fin de comparar, si resultase posible, dichos indicadores con otros tomados como referencia para el sector de actividad.

Organización Internacional de Normalización (Guía sobre responsabilidad social), la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la Organización Internacional del Trabajo (quinta edición de marzo de 2017)¹⁹, la Iniciativa Mundial de Presentación de Informes de Sostenibilidad del GRI (*GRI Sustainability Reporting Standards*)²⁰ u otros marcos internacionales reconocidos²¹.

Además de los marcos nacionales, de la Unión Europea o internacionales, las empresas pueden ayudarse de directrices no vinculantes sobre la metodología aplicable a la presentación de información no financiera y de indicadores clave de resultados no financieros de carácter general y sectorial. Además de las directrices de la Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 que venimos citando a lo largo de este trabajo, cabe hacer también referencia a la *Guía de la CNMV* para la elaboración del informe de gestión de las entidades cotizadas que también citamos, y el modelo sobre información inte-

grada de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA), recogido en el «Cuadro Integrado de Indicadores (CII-FESG) y su taxonomía XBRL» al que nos hemos referido al poner ejemplos de indicadores.

3.3 · Detalle sobre el contenido de cada una de las cuestiones a tratar

Respecto del contenido de la información, hay que tener en cuenta lo siguiente:

(i) Sobre las cuestiones medioambientales: el estado de información no financiera debe incluir información detallada sobre los efectos actuales y previsibles de las actividades de la empresa en el medio ambiente, y, en su caso, la salud y la seguridad, el uso de energía renovable y/o no renovable, las emisiones de gases de efecto invernadero, el consumo de agua y la contaminación atmosférica (párrafo cuarto de la sección I de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 18/2017). También se hace referencia (párrafo undécimo de la sección I de la exposición de motivos) a la huella de carbono y a las políticas de adaptación a los impactos del cambio climático.

La Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (págs. 14 y 15) hace referencia a otros aspectos ambientales: prevención y control de la contaminación, utilización y protección de los recursos naturales (p. ej., agua o suelo), protección de la biodiversidad, gestión de los residuos, impacto ambiental del transporte o del uso y la eliminación de productos y servicios, y desarrollo de productos y servicios ecológicos.

Como bien señala la *Guía de la CNMV para la elaboración del informe de gestión de las entidades cotizadas* (pág. 47), los aspectos medioambientales pueden tener un elevado impacto potencial sobre la situación y el desempeño de la entidad tanto en su dimensión financiera como en otras de otra naturaleza, como la reputación, la sostenibilidad, o los compromisos adquiridos con la entidad o con los grupos de interés. La Guía incluye el cumplimiento normativo como uno de los ejemplos que podrían servir de referencia a las entidades a la hora de tratar la información que se refiere al medio ambiente.

(ii) Sobre las cuestiones sociales y relativas al personal, la información puede hacer referencia a las medidas adoptadas para garantizar la igualdad de género, la aplicación de convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, las

19 Esta Declaración pretende ofrecer a las empresas multinacionales, a los Gobiernos y a las organizaciones de empleadores y de trabajadores orientaciones en materia de empleo, formación, condiciones de trabajo y de vida, y relaciones de trabajo. Se basan fundamentalmente en los principios consagrados en convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, así como en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento.

20 V. www.globalreporting.org/standards.

21 Además de los anteriores, la Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (págs. 3 y 4) también se refiere a otros marcos que se utilizaron para su preparación: el CDP (antiguo *Carbon Disclosure Project*, proyecto de divulgación de las emisiones de carbono); la Junta de Normas de Divulgación del Clima; las Directrices de la OCDE sobre la diligencia debida para la gestión responsable de las cadenas de suministro procedentes de zonas afectadas por conflictos y zonas de alto riesgo, y sus suplementos; los indicadores clave de resultados ambientales, sociales y de gobernanza de la Federación Europea de Asociaciones de Analistas Financieros: una directriz para la integración de los factores ambientales, sociales y de gobernanza en el análisis financiero y la valoración empresarial; las Directrices de la OCDE-FAO para las cadenas de suministro agrícolas responsables; las Directrices sobre elaboración de informes del Consejo de presentación de informes financieros del Reino Unido (*Guidance on the Strategic Report of the UK Financial Reporting Council*); el marco de presentación de informes de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos; el Marco integrado de informes internacional; las Directrices modelo para la presentación de información sobre los factores ambientales, sociales y de gobernanza a los inversores, de la Iniciativa Bolsas de Valores Sostenibles de las Naciones Unidas; el Protocolo del Capital Natural; las Guías sobre la huella ambiental de los productos y las organizaciones; la Junta de normas de contabilidad sostenible (*Sustainability Accounting Standards Board*); el Código de sostenibilidad del Consejo Alemán para el Desarrollo Sostenible; y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, Resolución de 25 de septiembre de 2015, «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible».

condiciones de trabajo, el diálogo social, el respeto del derecho de los trabajadores a ser informados y consultados, el respeto de los derechos sindicales, la salud y seguridad en el lugar de trabajo y el diálogo con las comunidades locales y las medidas adoptadas para garantizar la protección y el desarrollo de esas comunidades (párrafo quinto de la sección I de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 18/2017).

La Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (págs. 15 y 16) añade cuestiones de diversidad (diversidad de género e igualdad de trato en el empleo y la ocupación, incluidos en concreto la edad, el género, la orientación sexual, la religión, la discapacidad, el origen étnico y otros aspectos pertinentes); gestión del capital humano, y en concreto la gestión de la reestructuración, la gestión de la carrera y la empleabilidad, el sistema de remuneración y la formación; relaciones con los consumidores; repercusiones en los consumidores vulnerables; y comercialización e investigación responsables.

Por su lado, la *Guía de la CNMV* (pág. 49) destaca que las entidades seleccionan y retienen al personal necesario para desarrollar sus estrategias y alcanzar sus objetivos, por lo que los riesgos e incertidumbres asociados con el reclutamiento, la gestión y la retención del personal podrían tener un impacto relevante en el rendimiento actual y futuro de la entidad.

(iii) En relación con los derechos humanos, el estado de información no financiera podría incluir información sobre la prevención de las violaciones de los derechos humanos y, en su caso, sobre las medidas para mitigar, gestionar y reparar los posibles abusos cometidos (párrafo sexto de la sección I de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 18/2017). Apunta la Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01 (pág. 17) que la información divulgada puede reflejar cómo aborda la sociedad, entre otras cosas, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos que ponen en práctica el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar», las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, y la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT.

(iv) El estado de información no financiera podría también incluir información sobre los instrumentos existentes para luchar contra la corrupción y el soborno (párrafo séptimo de la sección I de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 18/2017). La Comunicación de la Comisión

2017/C 215/01 (pág. 17) se refiere a las políticas, procedimientos y normas anticorrupción, y los criterios utilizados en las evaluaciones de riesgos relacionadas con la corrupción.

4 · OTRAS CUESTIONES SOBRE EL REAL DECRETO-LEY

Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 18/2017 suscitan otras cuestiones que exceden del propósito de este trabajo. Solo me referiré a una de ellas, referida al papel del auditor, pero no podemos dejar de mencionar otras no menos relevantes, como la coherencia entre información financiera y no financiera (que liga precisamente con la cuestión de los auditores) o posibles responsabilidades de los administradores.

Sobre los auditores: de acuerdo con la exposición de motivos del Real Decreto-ley (párrafos cuarto y sexto de la sección II), los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría de cuentas únicamente deben comprobar que se haya facilitado el estado de información no financiera. Tanto respecto de esta información como de la información sobre diversidad, la actuación del auditor se limitará únicamente a la comprobación de que la citada información se ha facilitado en los informes correspondientes (véase el apartado 2.b del art. 35 LAC).

Esta regla está en línea (como el resto del Real Decreto-ley) con la Directiva que traspone. De acuerdo con el apartado 5 del art. 19 bis de la Directiva 2013/34, los Estados miembros velarán por que el auditor legal o la sociedad de auditoría compruebe si se ha facilitado el estado de información no financiera. Los Estados miembros podían exigir la verificación de la información no financiera por un prestador independiente de servicios de verificación (apartado 6 del mismo art. 19 bis), pero el Reino de España no ha acogido esta posibilidad.

La regla en principio es, pues, clara: el auditor debe comprobar únicamente que la información no financiera y sobre diversidad ha sido incluida (art. 35.2 LAC). Pero esta claridad es solo aparente por tres razones al menos:

— La primera: el Real Decreto-ley no contiene ningún criterio para determinar cuándo la información ha sido incluida. No se sabe si basta con que el auditor, por ejemplo, revise los epígrafes del informe y constate que coinciden literalmente con las cuestiones que deben tratarse, o

si es preciso que se compruebe que el informe ha incluido la información tal como se requiere bajo los artículos y los párrafos de la exposición de motivos antes citados.

- La segunda: cabe preguntarse si, por ejemplo, ante una contradicción patente entre la información no financiera y las cuentas anuales, o ante una información no financiera que claramente tenga un impacto en las cuentas, el auditor debe ignorar esa información no financiera. Según el párrafo tercero del art. 49.6 CCom el estado de información no financiera incluirá referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas anuales, pero si puede interpretarse que el auditor no debe analizar, o ni siquiera ver, el contenido del estado de información no financiera, esta regla no soluciona el problema planteado. Y la idea de que el estado no financiero debe ser coherente con otros elementos del informe de gestión (v. Comunicación de la Comisión 2017/C 215/01, pág. 9) no parece tampoco ser solución suficiente para esta cuestión.²²
- La tercera: respecto de la información referida al medio ambiente y al personal, el art. 262.1 LSC establece que las sociedades de capital (excepto las que presenten cuenta de pérdidas y ganancias abreviada) deben incluir indicadores clave de carácter no financiero que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial. Nada se dice en el Real Decreto-ley 18/2017 sobre este artículo, cuyo régimen debe entenderse vigente,

sin que sea de aplicación la excepción del art. 35.2 LAC, que únicamente se refiere de manera expresa a los apartados 5, 6 y 7 del art. 49 CCom y al art. 262.5 LSC.

La situación es insatisfactoria por la incertidumbre a que puede dar lugar. Aparte de guías que puedan publicarse, no habría que descartar modificaciones legales (incluyendo la misma Directiva) para aclarar este aspecto relevante de la normativa.

CONCLUSIÓN

La nueva regulación introducida en el CCom y la LSC por el Real Decreto-ley 8/2017 obliga a una mayor transparencia a un grupo relevante de empresas. La transparencia significa mayor exposición al mercado, a los competidores y a las Administraciones públicas. Es una tendencia que ya se ha consolidado. De hecho, puede ser prudente para las empresas que en la actualidad no están legalmente obligadas a este régimen asumir que antes o después también se les va a aplicar.

Con esta nueva regulación se da un paso más en el acercamiento del tratamiento de la información financiera y no financiera. De hecho, puede resultar conveniente, dentro de las empresas, un trasvase en el modo de hacer las cosas desde el primer ámbito hacia el segundo. Para empezar, será conveniente que la asesoría jurídica interna se involucre al menos con la misma intensidad en los dos planos.

²² Tampoco parece ayudar el art. 49.8 CCom, de acuerdo con el cual la información contenida en el informe de gestión consolidado en ningún caso justificará su ausencia en las cuentas anuales consolidadas cuando esta información deba incluirse en estas de conformidad con lo previsto en esta sección y las disposiciones que la desarrollan (y en el mismo sentido, art. 262.6 LSC). Nótese, además, que para las sociedades de capital, el art. 262.5 LSC se remite a los apartados 5 a 7 del art. 49 CCom, pero no al apartado 8.