

## NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 11/2018, DE 28 DE DICIEMBRE, EN MATERIA DE INFORMACIÓN NO FINANCIERA Y DIVERSIDAD

### Novedades introducidas por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, en materia de información no financiera y diversidad

La divulgación de información no financiera constituye un pilar esencial en la gestión de la transición hacia una economía mundial sostenible que combine la rentabilidad a largo plazo con la justicia social y la protección del medio ambiente. La Ley 11/2018, de 28 de diciembre, ha introducido importantes novedades en materia de divulgación de información no financiera y diversidad respecto del Real Decreto-ley 18/2017. Como consecuencia de las modificaciones introducidas por la Ley 11/2018, las sociedades españolas han visto aumentados los requisitos que han de cumplir en lo que se refiere al contenido y extensión de la información no financiera a divulgar.

#### PALABRAS CLAVE

Ley 11/2018, Información no financiera, Diversidad, Divulgación de información, Transparencia, Responsabilidad social corporativa.

### Changes Introduced by Law 11/2018 of 28 December on Non-Financial Information and Diversity

Disclosure of non-financial information is essential for managing change in the march towards a sustainable global economy by combining long-term profitability with social justice and environmental protection. Law 11/2018 of 28 December has introduced important changes to the disclosure of non-financial information and diversity with respect to Royal Decree-law 18/2017. As a consequence of the amendments introduced by Law 11/2018, the requirements imposed on Spanish companies regarding the content and scope of non-financial information that must be disclosed have increased.

#### KEY WORDS

Law 11/2018, Non-financial information, Diversity, Disclosure of information, Transparency, Social corporate responsibility.

Fecha de recepción: 01-01-2019

Fecha de aceptación: 01-02-2019

## INTRODUCCIÓN

La Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (la “**Ley 11/2018**”) ha introducido importantes novedades en materia de divulgación de información no financiera y diversidad respecto de su antecedente, 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 aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (el “**Real Decreto-ley 18/2017**”). El Real Decreto-ley 18/2017 traspuso en España 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 (la “**Directiva 2014/95/UE**”).

Con el fin de favorecer el objetivo último de la Directiva 2014/95/UE, el legislador ha decidido ampliar y cualificar a través de la Ley 11/2018 algunas de las cuestiones inicialmente previstas en el Real Decreto-ley 18/2017, así como incorporar previsiones adicionales. Las principales modificaciones de la Ley 11/2018 afectan al alcance de la obligación de presentar el estado de información no financiera (“**EINF**”), su contenido y el proceso de aprobación, verificación y puesta a disposición del EINF. Además, la Ley 11/2018 ha introducido nuevas exigencias en materia de diversidad para las sociedades cotizadas.

## ÁMBITO DE APLICACIÓN

(i) Requisitos que deben cumplir las sociedades

La Ley 11/2018 ha ampliado el abanico de sociedades obligadas a preparar el EINF respecto a lo previsto en el Real Decreto-ley 18/2017, que únicamente obligaba a presentar un EINF a las sociedades de interés público que cumplieran determinados requisitos. Además, transcurridos tres años desde su entrada en vigor, es decir, para el ejercicio 2021 si este coincide con el año natural, la norma prevé una rebaja automática de los umbrales

que activan la obligación de elaborar el indicado estado.

Así, desde los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2018 están obligados a presentar EINF, individual o consolidado, las sociedades que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio —por la sociedad o las sociedades del grupo, según el caso— sea superior a 500.
- b) Que tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas o que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: (i) que el total de las partidas del activo —individual o consolidado, según el caso— sea superior a 20 millones de euros; (ii) que el importe neto de la cifra anual de negocios —individual o consolidado, según el caso— supere los 40 millones de euros; y (iii) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 250.

La Ley 11/2018 prevé —igual que hacía el Real Decreto-ley 18/2017— ciertas especialidades en los dos primeros ejercicios sociales desde la constitución del grupo (i. e., se exige que al cierre del primer ejercicio se cumplan dos de las tres circunstancias mencionadas en la letra *b*) y que al cierre del ejercicio se cumpla además el requisito previsto en la letra *a*) y añade, respecto del EINF consolidado, que este incluirá a todas las filiales de la sociedad dominante y para todos los países en los que opera.

El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (el “ICAC”) ha aclarado que la mención a “filiales” se refiere a todas las sociedades dependientes con independencia del país en el que se encuentre su domicilio social (BOICAC N.º 117/2019).

Con la Ley 11/2018, las sociedades cesarán en la obligación de elaborar el EINF si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, cualquiera de los requisitos establecidos. Esto supone un cambio respecto a lo previsto en el Real Decreto-ley 18/2017, que exigía que se dejaran de reunir dos de los requisitos de la letra *b*) o que al cierre del ejercicio el número medio de trabajadores empleados no excediera de 500.

Con el nuevo régimen, a partir del 1 de enero de 2021 deberán presentar EINF todas las sociedades con más de 250 trabajadores que (i) tengan la con-

sideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas (a excepción de las entidades que tienen la calificación de empresas pequeñas y medianas de acuerdo con la Directiva 34/2013) o que (ii) durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos una de las circunstancias siguientes: (a) que el total de las partidas del activo sea superior a 20 millones de euros o (b) que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 40 millones de euros.

(ii) Dispensa a las sociedades dependientes de la obligación de presentar EINF

La Ley 11/2018 ha mantenido, sin modificación alguna en sus términos, la dispensa a las sociedades dependientes de la obligación de presentar EINF introducida por el Real Decreto-ley 18/2017. En particular:

- la dispensa de la obligación de presentar el EINF individual que aplica a las sociedades dependientes de un grupo cuando la sociedad y sus dependientes, si las tuviera, están incluidas en el informe de gestión consolidado de otra sociedad (art. 262.5 LSC); y
- la exención de la obligación de presentar el EINF consolidado que se aplica a las sociedades dependientes de un grupo que sean, a su vez, dominantes de un subgrupo cuando la sociedad y sus dependientes están incluidas en el informe de gestión consolidado de otra sociedad (art. 49.6 CCom).

La interpretación de estos preceptos ha suscitado algunas dudas. Principalmente, se ha discutido (a) si, a pesar del tenor literal de la norma, la dispensa de la obligación de presentar EINF individual podría alcanzar a la sociedad dominante de un grupo cuando ese estado existe en base consolidada (art. 262.5 LSC); y (b) si la dispensa a las sociedades dependientes de presentar el estado de información individual (art. 262.5 LSC) o consolidado (art. 49.6 CCom) resulta de aplicación independientemente del territorio en el que esté domiciliada la sociedad dominante.

El ICAC ha dado respuesta a lo anterior en contestación a varias consultas.

- En relación con la primera de estas cuestiones, el ICAC —en la respuesta de 21 de marzo de 2018 a una consulta realizada bajo la regulación prevista en el Real Decreto-ley 18/2017— concluyó que la dispensa de la obligación de pre-

sentar EINF individual prevista en el art. 262.5 LSC podría aplicarse a la sociedad dominante si la información sobre esa sociedad estuviera incluida en el informe de gestión consolidado.

El ICAC basa su interpretación en que, a su juicio, la misma razón que justifica la dispensa para la sociedad dependiente (i. e., no requerir información de una parte cuando ya se suministra información del conjunto, que incluye esa parte) existe para la sociedad dominante. Por tanto, entiende que, si esa razón se considera base suficiente para dispensar a la sociedad dependiente, igualmente debería serlo para la sociedad dominante.

Sin embargo, no es posible concluir si este sigue siendo el criterio del ICAC, dado que, a pesar de que el texto de la norma no ha cambiado, el Instituto no se ha pronunciado sobre esta cuestión tras la entrada en vigor de la Ley 11/2018.

Esta falta de claridad ha motivado que no haya existido un criterio homogéneo en la preparación del EINF individual del ejercicio 2018 por las sociedades dominantes de un grupo. Así, es posible encontrar ejemplos de sociedades que, siguiendo la citada consulta del ICAC, no han elaborado EINF individual; sociedades que han elaborado EINF individual, pero limitándose a reproducir la información incluida en el EINF consolidado (completándolo, en algunos casos, con determinada información en base individual); y sociedades que han elaborado un EINF individual completo. En cualquier caso, debe destacarse que el tenor de la norma es claro y no excepciona a la sociedad matriz de un grupo de elaborar el estado individual.

— En relación con el segundo asunto comentado, el ICAC, en contestación reciente a una consulta (BOICAC N.º 117/2019), ha concluido que, en su opinión, la dispensa de la obligación de presentar el EINF individual (art. 262.5 LSC) y el consolidado (art. 49.6 CCom) es aplicable con independencia del territorio en el que esté domiciliada la sociedad dominante, ya que la ley no distingue ni limita su aplicación por razón del territorio. No obstante, el ICAC considera que para poder aplicar la dispensa cuando la sociedad dominante está domiciliada fuera de España, además de cumplir con los requisitos previstos en la norma, es necesario:

a) que el EINF consolidado de la sociedad dominante cumpla con los requisitos de informa-

ción exigidos en el Estado miembro en transposición de la Directiva 2014/95/UE o, tratándose de un Estado no miembro de la UE, que se publique la información no financiera requerida por la Directiva 2014/95/UE; y

b) que si la información adicional exigida por el artículo 49.6 CCom en comparación con la requerida por la Directiva 2014/95/UE no se proporciona de forma voluntaria en el EINF, la sociedad española elabore un EINF en el que se incluya la información complementaria exigida por ese artículo.

En cualquier caso, estas interpretaciones del ICAC deben considerarse a la luz del valor que la propia norma (ex disposición adicional novena del Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio) dota a sus contestaciones. Esto es, mero carácter informativo y, por ende, sin valor normativo ni efecto vinculante.

## CONTENIDO DEL EINF

El contenido del EINF aparece recogido en el apartado 6 del artículo 49 CCom, tanto para el consolidado como para el individual (que en la regulación incluida en la Ley de Sociedades de Capital se remite al contenido previsto para el consolidado).

La Ley 11/2018 amplía las obligaciones de información y especifica el contenido del EINF y la concreta información no financiera que se debe incluir respecto de cada una de las cuestiones.

Como ya indicaba el Real Decreto-ley 18/2017, el EINF debe incluir *“la información necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad respecto, al menos, a cuestiones medioambientales y sociales”*, relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno. La Ley 11/2018 añade, además, la obligación de informar sobre las medidas adoptadas para favorecer el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, la no discriminación e inclusión de las personas con discapacidad y la accesibilidad universal.

La Ley 11/2018 especifica el contenido del EINF, que deberá incluir los siguientes conceptos:

— Modelo de negocio: entorno empresarial, organización y estructura, mercados en los que opera, objetivos y estrategias, y principales factores y tendencias que pueden afectar a su evolución.

- Políticas: procedimientos de diligencia debida aplicados para la identificación, evaluación, prevención y atenuación de riesgos e impactos significativos y de verificación y control, y medidas adoptadas.
- Resultados de las políticas: indicadores clave de resultados no financieros pertinentes que permitan el seguimiento y evaluación de los progresos y que favorezcan la comparabilidad entre sociedades y sectores, de acuerdo con los marcos nacionales, europeos o internacionales de referencia utilizados para cada materia.
- Riesgos: procedimientos utilizados para detectar y evaluar los riesgos de acuerdo con los marcos nacionales, europeos o internacionales de referencia para cada materia, así como información sobre los impactos que se hayan detectado, ofreciendo un desglose de ellos, en particular sobre los principales riesgos a corto, medio y largo plazo.
- Indicadores clave de resultados no financieros pertinentes respecto a la actividad empresarial concreta y que cumplan con los criterios de comparabilidad, materialidad, relevancia y fiabilidad, así como con las directrices de la Comisión Europea en esta materia y los estándares de Global Reporting Initiative. Además, debe mencionarse en el informe el marco nacional, europeo o internacional de referencia para cada materia. Se establece, asimismo, que el Gobierno podrá aprobar, por vía reglamentaria, indicadores clave para cada materia del EINF.

La Ley 11/2018 detalla de forma pormenorizada la información no financiera que se debe incorporar en relación con cada uno de los conceptos indicados. Entre otras, debe informarse sobre las siguientes cuestiones:

- Medioambientales: efectos actuales y previsibles de las actividades de la empresa en el medio ambiente y, en su caso, la salud y la seguridad, contaminación, economía circular y prevención y gestión de residuos, uso sostenible de los recursos, cambio climático y protección de la biodiversidad.
- Sociales y relativas al personal: empleo, organización del trabajo, salud y seguridad, relaciones sociales, formación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad e igualdad.
- Respeto de los derechos humanos: aplicación de procedimientos de diligencia debida en

materia de derechos humanos, prevención de los riesgos de vulneración de derechos humanos y, en su caso, medidas para mitigar, gestionar y reparar posibles abusos cometidos.

- Lucha contra la corrupción y el soborno: medidas adoptadas para prevenir la corrupción y el soborno y para luchar contra el blanqueo de capitales.
- Sobre la sociedad: compromiso con el desarrollo sostenible, subcontratación y proveedores, consumidores e información fiscal.
- Cualquier otra información significativa.

La Ley 11/2018 ha eliminado la posibilidad reconocida por el Real Decreto-ley 18/2017 de omitir información relativa a acontecimientos inminentes o cuestiones que están siendo objeto de negociación cuando, en la opinión debidamente justificada del órgano de administración, la divulgación de dicha información pueda perjudicar gravemente la posición comercial del grupo.

### **APROBACIÓN, VERIFICACIÓN Y PUESTA A DISPOSICIÓN DE LA INFORMACIÓN NO FINANCIERA**

La Ley 11/2018 mantiene —igual que el Real Decreto-ley 18/2017— la posibilidad de, o bien incorporar al informe de gestión el EINF, o bien elaborar el EINF en un informe separado del informe de gestión. En este último caso, siempre que se indique de manera expresa que dicha información forma parte del informe de gestión, incluya la información exigida para dicho estado y se someta a los mismos criterios de aprobación, depósito y publicación que el informe de gestión.

En relación con los requisitos para la aprobación, verificación y puesta a disposición de la información no financiera, la Ley 11/2018 incluye, al regular el EINF consolidado y modificar para ello el Código de Comercio, las siguientes novedades:

- (i) Que el EINF se presente como punto separado del orden del día para su aprobación por la junta general de la sociedad.
- (ii) Que la información incluida en el EINF sea verificada por un prestador independiente de servicios de verificación.

La Ley 11/2018 no incluye ninguna mención sobre quién puede ser prestador independiente de servicios de verificación o las condiciones

que debe reunir. A este respecto, se ha discutido si, ante una falta de regulación específica en la norma, podría ser el propio auditor de cuentas de la sociedad el que realizara esta verificación.

La anterior cuestión ha sido tratada recientemente por el ICAC, que ha reconocido esta posibilidad en una respuesta de 12 de febrero de 2018 a una consulta. El Instituto entiende que, no encontrándose reguladas las condiciones que debe reunir quien realice la verificación, hasta que no se apruebe una regulación específica, la verificación podría realizarla efectivamente el auditor de cuentas, sin que exista impedimento alguno en la normativa reguladora de auditoría de cuentas para que el auditor efectúe dicha verificación. En la práctica, las verificaciones elaboradas en relación con el EINF de muchas sociedades correspondientes a 2018 han sido elaboradas frecuentemente por los auditores de la sociedad en cuestión.

- (iii) Que el informe se ponga a disposición del público de forma gratuita y sea fácilmente accesible en el sitio web de la sociedad dentro de los seis meses posteriores a la fecha de finalización del año financiero y por un periodo de cinco años.
- (iv) Que las sociedades puedan publicar en el Portal de la Responsabilidad Social del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social la información no financiera.

Se ha discutido si la obligación de aprobar el EINF como punto separado y la obligación de verificación resultan de aplicación para el EINF individual o solo para el consolidado.

La redacción en este punto no es clara. El artículo 262.5 LSC únicamente precisa que el “contenido” del EINF individual será el mismo que el previsto para el consolidado en los apartados 5, 6 y 7 del artículo 49 CCom. No hace mención alguna a las reglas de procedimiento, como pueden ser las relativas a su aprobación o verificación. Por tanto, conforme al tenor literal de la norma, no parecería que la Ley 11/2018 exija la aprobación del EINF individual como punto separado por la junta general ni tampoco su verificación.

No obstante, recientemente el ICAC, en respuesta a una consulta (BOICAC N.º 117/2019) ha concluido, atendiendo a una interpretación sistemática de la norma, que la obligación de verificación resulta también exigible para el EINF individual. El ICAC

considera que el legislador ha pretendido que toda la regulación relativa a la información no financiera, incluida la obligación de verificación independiente y la de que el EINF se apruebe bajo un punto separado del orden del día, se aplique tanto a los grupos como a las sociedades individualmente consideradas.

Esta interpretación del ICAC —discutible en todo caso—, como ya se ha indicado, carece de valor normativo. Así parece que lo han considerado la mayoría de las sociedades cotizadas españolas, que, incluso cuando han optado por elaborar EINF individual, salvo contadas excepciones, no lo han aprobado como punto separado del orden del día ni lo han verificado.

## OTRAS MODIFICACIONES RELEVANTES

La Ley 11/2018 ha introducido otras modificaciones en la Ley de Sociedades de Capital relacionadas con la información no financiera y la diversidad para las sociedades cotizadas. En particular:

- (i) En relación con el principio de igualdad de trato de los accionistas en la junta general (art. 514 LSC), se exige que las sociedades den cobertura a los requisitos de accesibilidad de las personas con discapacidad y personas mayores, que garanticen su derecho a disponer de información previa y los apoyos necesarios para ejercer su voto.
- (ii) En relación con la composición del consejo de administración (art. 529 bis.2 LSC), se exige que el consejo vele por que los procedimientos de selección de sus miembros:
  - favorezcan la diversidad respecto a cuestiones como la edad, el género, la discapacidad o la formación y experiencia profesionales, y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna; y
  - faciliten la selección de consejeras en un número que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres.
- (iii) Entre las facultades indelegables del consejo de administración se incluye la supervisión del proceso de elaboración y presentación de la información no financiera preceptiva y presentar recomendaciones o propuestas al consejo de administración dirigidas a salvaguardar su integridad (art. 529 ter j LSC).

(iv) En relación con el informe anual de gobierno corporativo (art. 540.4 c) 6º LSC):

- se exige informar sobre la aplicación de la política de diversidad no solo en relación con el consejo de administración, sino también con el órgano de dirección y las comisiones especializadas del consejo;
- se exige que la descripción de la política de diversidad incluya los procedimientos para procurar incluir en el consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres;
- se incluye la obligación de informar sobre si se facilitó información a los accionistas sobre los criterios y los objetivos de diversidad con ocasión de la elección o renovación de los miembros del consejo de administración, de dirección y de las comisiones especializadas; y
- se endurece la explicación que deberá incluirse en el informe anual de gobierno corporativo en caso de que la sociedad no aplique una política de diversidad, que deberá ser “clara y motivada”.

La Ley 11/2018, además de las novedades indicadas en materia de información no financiera y diversidad, introduce otras modificaciones que afectan a cuestiones no directamente relacionadas con la información no financiera, que no son objeto de este artículo. Entre ellas, destaca la modificación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital sobre el derecho de separación por falta de reparto de dividendos.

## CONCLUSIONES

Tanto la Ley 11/2018 como el Real Decreto-ley 18/2017 son consecuencia de la Directiva 2014/95/UE, que busca medir, supervisar y gestionar el rendimiento de las empresas y su impacto en la sociedad. En este contexto, la divulgación de información no financiera constituye un pilar esencial en la gestión de la transición hacia una economía mundial sostenible que combine la rentabilidad a largo plazo con la justicia social y la protección del medio ambiente.

La Ley 11/2018 ha introducido importantes novedades en materia de divulgación de información no financiera y diversidad respecto de su antecedente, el Real Decreto-ley 18/2017, y ha elevado las exigencias para las sociedades en cuanto al contenido y extensión de la información no financiera que se divulgue. Entre las novedades más relevantes de la Ley 11/2018 destacan (i) la ampliación del número de sociedades obligadas a presentar el EINF; (ii) mayor concreción sobre su contenido; (iii) nuevos requisitos para su aprobación, verificación y puesta a disposición; y (iv) mayores exigencias para las sociedades cotizadas en materia de diversidad. Todas estas medidas persiguen mejorar la sostenibilidad de las empresas y aumentar la confianza de los inversores, los consumidores y la sociedad en ellas. Sin embargo, la deficiente técnica legislativa empleada y la poca claridad de muchos de sus preceptos complican su aplicación por parte de los destinatarios de la norma.

**CARLA ALONSO COGOLLOS (\*)**

(\*) Abogada del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).