

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
[BOE n.º 287, de 25-XI-2017]

INFORMACIÓN NO FINANCIERA Y DIVERSIDAD

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 advertía en sus considerandos 4 y 5 de la necesidad de coordinar las disposiciones nacionales aplicables a la divulgación no financiera toda vez que la mayoría de las consideradas grandes empresas a efectos de aplicación de las Directivas en materia de información financiera y contable operan en varios Estados miembros de la Unión. Se entendía necesario, por tanto, el establecimiento de determinados requisitos legales mínimos en relación al alcance de la información no financiera que las empresas deben poner a disposición del público y de las autoridades en la Unión.

En efecto, como la Comisión Europea en su Comunicación titulada *Acta del Mercado Único –Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza– «Juntos por un nuevo crecimiento»* de 13 de abril de 2011 ya señalaba, se vio necesario un aumento de la transparencia de la información social y medioambiental facilitada por las empresas de todos los sectores a un nivel alto y similar en todos los Estados miembros. El fomento de mejoras en la divulgación de información de contenido social y medioambiental por las empresas se consideró merecedor de impulso a través de las correspondientes propuestas legislativas. Así se reiteró en la Comunicación de la Comisión que bajo el título *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*, se adoptó el 25 de octubre de 2011. Por su parte, el Parlamento Europeo en sus Resoluciones de 6 de febrero de 2013 relativas a la responsabilidad social de las empresas rubricadas, respectivamente, *Comportamiento responsable y transparente de las empresas y crecimiento sostenible* y *Promover los intereses de la sociedad y un camino hacia la recuperación sostenible e integradora*, también reconocía la importancia de que sean las propias empresas las que divulguen información sobre su sostenibilidad con el fin de identificar riesgos y aumentar la confianza de inversores y consumidores. En este contexto se reseñó la importancia de la información no financiera en aras de medir, supervisar y gestionar el rendimiento de las empresas y su impacto en la sociedad. Se justificaba de este modo

que el Parlamento Europeo instase a la Comisión a que presentase una propuesta legislativa sobre divulgación de información no financiera por parte de las empresas. Con esta información no financiera se busca la flexibilidad en la actuación empresarial teniendo presente la naturaleza multidimensional de la responsabilidad social de las empresas y la diversidad de las políticas de responsabilidad social susceptibles de ser aplicadas. Igualmente, se pretende lograr a través de actuaciones uniformes de las empresas un nivel suficiente de comparabilidad que responda a las necesidades de los inversores y otras partes interesadas, y que permita satisfacer la necesidad de acceso sencillo a la información sobre las repercusiones de las empresas en la sociedad que tienen los consumidores.

Se ha buscado, por tanto, una mejora en la coherencia y también en la comparabilidad de la información no financiera que se divulga en la Unión Europea. Para ello las consideradas grandes empresas en que concurra la consideración de *entidad de interés público* han de presentar, con carácter general y sin perjuicio de las excepciones correspondientes, un estado no financiero que contenga información relativa a cuestiones medioambientales y sociales, así como al personal, respeto de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción y el soborno. Ese estado debe incluir una descripción de las políticas, resultados y riesgos vinculados a esas cuestiones y ha de incorporarse en el informe de gestión de la empresa de que se trate. El estado no financiero debe asimismo referir información sobre los procedimientos de diligencia debida aplicados por la empresa, también en relación con sus cadenas de suministro y subcontratación, cuando ello sea pertinente y proporcionado, al fin de detectar, prevenir y atenuar los efectos adversos ya sean existentes o potenciales (así resulta del considerando 6 de la Directiva 2014/95/UE).

Ahora bien, la exigencia de divulgación no financiera no agota el contenido de la Directiva 2014/95/UE. Esta disposición instaura igualmente el deber de las empresas que se vean afectadas por sus previsiones de divulgar la política de diversidad que se aplique en relación con los órganos de administración, dirección y supervisión de la empresa en lo que respecta a cuestiones como, por ejemplo, la edad, el género, o la formación y experiencia profesionales, los objetivos de la política de diversidad, la forma en que se ha aplicado y los resultados en el período de presentación de los informes. La justificación de este deber se justifica en el considerando 18 de la Directiva en que

[l]a diversidad de competencias y puntos de vista de los miembros de los órganos de administración, dirección y supervisión de las empresas facilita una buena comprensión de la organización empresarial y de los negocios de la empresa de que se trate. Esa diversidad permite a los miembros de esos órganos ejercer una crítica constructiva de las decisiones de la dirección y ser más receptivos a las ideas innovadoras, combatiendo así el fenómeno del «pensamiento de grupo», caracterizado por la semejanza de los puntos de vista de los miembros. La diversidad contribuye así a una supervisión eficaz de la dirección y a una gobernanza satisfactoria de la empresa.

Se ha entendido, por tanto, que es importante el fomento de la divulgación de la política de diversidad aplicada para, de este modo, informar al mercado de prácticas de gobierno corporativo consiguiéndose así indirectamente, mediante el principio de *comply or explain* que consagra la Directiva, que las empresas aumenten la diversidad de sus consejos de administración.

Los cambios principales que resultan de los deberes que prevé la Directiva afectan al contenido del Informe de Gestión y al Informe Anual de Gobierno Corporativo. Así pues, debe incluirse en el Informe de Gestión un Estado No Financiero con información relativa a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, respeto de los Derechos humanos y medidas de lucha contra la corrupción y soborno. Concretamente, deberán describir el modelo de negocio, las políticas relacionadas, así como sus resultados y riesgos, indicadores claves de resultados no financieros, referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en los estados financieros anuales. En relación a las entidades de interés público en las que concurra la condición de empresa matriz de un gran grupo, habrá de elaborarse un Estado No Financiero consolidado en que se incorpore la información que se ha referido. Igualmente se prevé, si bien solo para las sociedades cotizadas, un deber de divulgación en el Informe Anual de Gobierno Corporativo de las políticas de diversidad aplicadas en relación con los órganos de administración, dirección y supervisión de la empresa, referidos a la edad, género, formación y experiencia profesionales.

Las disposiciones contenidas en la Directiva 2014/95/UE debían haber sido incorporadas a las legislaciones de los Estados miembros en un plazo de dos años. Esto es, diciembre de 2016 a los efectos de permitir que la información no financiera se incorporase en el ejercicio 2017. Sin embargo, en el caso de España la transposición de la Directiva se ha llevado a cabo a través del Real Decreto-Ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el 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. Esta disposición entró en vigor el 26 de noviembre de 2017.

Los deberes de información resultantes del RD-Ley 18/2017 afectan a las *entidades de interés público* que tengan un número medio de trabajadores superior a 500 durante el ejercicio a que se refiere la información objeto de divulgación y que tengan la consideración de empresas *grandes* (así nueva redacción dada a los arts. 49.5 del Código de Comercio y 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

A los efectos de determinar qué ha de entenderse por *entidad de interés público* son relevantes las previsiones que se contienen en los arts. 3.5 de la Ley de Auditoría de Cuentas y el artículo 15 del Real Decreto 1517/2011 que desarrolla la Ley de Auditoría de Cuentas y que fue modificado por el Real Decreto 877/2015. Así se repuntan *entidades de interés público*:

- a) Las entidades de crédito, las entidades aseguradoras, así como las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de

valores o en el mercado alternativo bursátil pertenecientes al segmento de empresas en expansión.

- b) Las empresas de servicios de inversión y las instituciones de inversión colectiva que, durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, tengan como mínimo 5.000 clientes, en el primer caso, o 5.000 partícipes o accionistas, en el segundo caso, y las sociedades gestoras que administren dichas instituciones.
- c) Los fondos de pensiones que, durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, tengan como mínimo 10.000 partícipes y las sociedades gestoras que administren dichos fondos.
- d) Las fundaciones bancarias, las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico.
- e) Aquellas entidades distintas de las mencionadas en los párrafos anteriores 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, respectivamente.
- f) Los grupos de sociedades en los que la sociedad dominante sea una de las entidades contempladas en las letras anteriores.

Las entidades mencionadas en el apartado 1.b), c) y e) perderán la consideración de entidades de interés público si dejan de reunir durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, los requisitos establecidos en dichos apartados.

En virtud de la modificación que se introduce en el artículo 49.5 del Código de Comercio, las *entidades de interés público* que formulen cuentas consolidadas deberán incluir un estado de información no financiera consolidado en el informe de gestión consolidado cuando:

- a) El número medio de trabajadores empleados por las sociedades del grupo durante el ejercicio sea superior a 500 y, además,
- b) 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 consolidado sea superior a 20.000.000 de euros,
 - ii) que el importe neto de la cifra anual de negocios consolidada supere los 40.000.000 de euros,
 - iii) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 250.

El deber de presentación de un estado de información no financiera consolidado cesa en los casos en que al cierre del ejercicio no se cumpla la exigencia prevista en el apartado a), o durante dos ejercicios consecutivos no concurren las exigencias señaladas en dos de los tres apartados que se incorporan en el apartado b).

Por su parte, el modificado artículo 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital prevé que las sociedades de capital que, de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas, tengan la consideración de entidades de interés público deberán incluir en el informe de gestión un estado de información no financiera o elaborar un informe separado con el mismo contenido que el previsto para las cuentas consolidadas por el artículo 49, apartados 5, 6 y 7 del Código de Comercio, aunque referido exclusivamente a la sociedad en cuestión siempre que concurren en ella los siguientes requisitos:

- a) El número medio de trabajadores empleados por las sociedades del grupo durante el ejercicio sea superior a 500 y, además,
- b) 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 consolidado sea superior a 20.000.000 de euros,
 - ii) que el importe neto de la cifra anual de negocios consolidada supere los 40.000.000 de euros,
 - iii) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 250.

Cesa este deber si al cierre de ejercicio no concurre la exigencia prevista en el apartado a) o durante dos ejercicios consecutivos no concurren dos de las exigencias previstas en el apartado b).

El artículo 49. 6 del Código de Comercio prevé que el estado de información no financiera ha de referir 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, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno, e incluirá:

- a) La descripción del modelo de negocio del grupo.
- b) La 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.
- c) Los resultados de esas políticas.
- d) Los principales riesgos relacionados con esas cuestiones vinculados a las actividades del grupo:
 - Entre ellas, siendo pertinente y proporcionado, relaciones comerciales, productos o servicios con potenciales efectos negativos.
 - Explicar cómo gestiona el grupo los riesgos anteriores.
- e) Indicadores clave de resultados no financieros pertinentes con la actividad concreta:
 - Facilitar comparación de la información.
 - Utilización de estándares de indicadores clave: generalmente aplicados y que cumplan con las directrices de la CE.

El legislador admite que se omita la divulgación de la información no financiera en ciertos supuestos que se reputan excepcionales como son aquellos en que la información se refiera a *acontecimientos inminentes* o cuando se trate 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. Se requiere, además, que el órgano de administración justifique el perjuicio grave que tal divulgación pueda suponer para la posición comercial del grupo (arts. 49.6 Código de Comercio y 262.5 Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

El Real Decreto-Ley 18/2017 ha modificado también el contenido del Informe Anual de Gobierno Corporativo que han de elaborar las sociedades cotizadas (art. 540 Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Así en virtud de lo dispuesto en el artículo 540.4c.6.º Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital deberá divulgarse la política de diversidad aplicada al consejo de administración y deberá incluir la siguiente información:

- a) Descripción de la política de diversidad aplicada en relación con el consejo de administración: objetivos, medidas adoptadas, formas de adopción, resultados y medidas propuestas por la comisión de nombramientos.
- b) 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.

Se prevé que las sociedades cotizadas que se consideren pequeñas y medianas, *vid.* a estos efectos los arts. 3.9 y 3.10 de la Ley de Auditoría de Cuentas, solo están obligadas a proporcionar información sobre las medidas que, en su caso, se hubieren adoptado en materia de género.

Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza-UNIZAR
ignacio.moralejo@unizar.es