

Principales novedades introducidas por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, la Ley de Sociedad de Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas.

Con fecha 29 de diciembre de 2018 se publicó en el BOE la Ley 11/2018, de 28 de noviembre (la "**Ley**"), por la que se modifica, entre otras normas, 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 ("**LSC**"), y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

La presente Ley desarrolla la regulación contenida en el Real Decreto-ley 18/2017 de 24 de noviembre (el "**Real Decreto-ley**") para incorporar al Derecho 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 por lo que respecta a la divulgación de información no financiera y diversidad.

La referida Ley, no obstante, introduce importantes novedades respecto a otras materias societarias.

1. Principales novedades en materia de información no financiera y diversidad

- (a) Se amplían considerablemente las sociedades que deben presentar el estado de información no financiera en comparación con las previsiones del Real Decreto-ley, el cual se limitaba exclusivamente a las entidades de interés público, siempre que cumplieran determinados parámetros.

La nueva Ley obliga a presentar el estado de información no financiera, individual o consolidado, a las sociedades en las que concurran los siguientes requisitos:

- (i) Que el número medio de trabajadores empleados por la sociedad o el grupo, según el caso, durante el ejercicio sea superior a 500.
- (ii) Que o bien tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas, o bien, durante dos ejercicios consecutivos, reúnan a la fecha de cierre de cada uno de ellos, a nivel individual o consolidado, según el caso, al menos dos de las circunstancias siguientes:
- Que el total de las partidas del activo sea superior a 20.000.000 de euros.
 - Que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 40.000.000 de euros.

- Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 250.

Según establece la Ley, las sociedades cesarán en la obligación de elaborar el estado de información no financiera si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, cualquiera de los requisitos anteriormente establecidos.

Por otro lado, la Ley establece asimismo que la sociedad estará obligada a elaborar el estado de información no financiera en los dos primeros ejercicios desde su constitución, o la constitución del grupo de sociedades, según el caso, cuando al cierre del primer ejercicio ya se cumplan los requisitos arriba indicados.

Según la disposición transitoria de la Ley, los dos ejercicios computables serán el que se inicia a partir del 1 de enero de 2018 y el inmediato anterior. Por tanto, aquellas sociedades, o grupos, según el caso, que ya cumplieran con los parámetros indicados en los apartados (i) y (ii) anteriores al 31 de enero de 2018, tendrían que cumplir con la obligación de presentar el estado de información financiera en relación con dicho ejercicio.

Sin perjuicio de lo anterior, la disposición transitoria de la Ley establece nuevos criterios a aplicar una vez transcurridos tres años de su entrada en vigor, de forma que, a partir de dicha fecha, la obligación de presentar el estado de información no financiera será de aplicación a todas aquellas sociedades con más de 250 trabajadores que, o bien tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas (exceptuando a las entidades que tienen la calificación de empresas pequeñas y medianas de acuerdo con la Directiva 34/2013), o bien, durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos una de las siguientes circunstancias:

- Que el total de las partidas del activo sea superior a 20.000.000 de euros.
- Que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 40.000.000 de euros.

- (b) La Ley desarrolla y concreta con un nivel de detalle bastante relevante el contenido que debe tener el estado de información no financiera, que se extiende a las siguientes materias: (i) cuestiones medioambientales (contaminación, economía circular y prevención y gestión de residuos, uso sostenible de los recursos, cambio climático y protección de la biodiversidad), (ii) cuestiones sociales y relativas al personal (empleo, organización del trabajo, aspectos relativos a salud y seguridad, relaciones sociales, formación, accesibilidad universal de las personas con discapacidad, aspectos relativos a la igualdad), (iii) información sobre el respeto de los derechos humanos, (iv) información sobre la lucha contra la corrupción y el soborno, e (v) información sobre la sociedad, comprendiendo este punto, entre

otros aspectos, compromisos de la empresa con el desarrollo sostenible, subcontratación y proveedores, consumidores, e información fiscal.

El estado de información no financiera deberá incluir la información necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación de la sociedad o el grupo, según se trate, y el impacto de su actividad con respecto a las materias anteriormente indicadas, citando expresamente aspectos relativos al modelo de negocio del grupo o la sociedad, según el caso, a sus políticas, riesgos o indicadores clave de resultados no financieros.

La Ley contempla expresamente que el Gobierno establezca por vía reglamentaria, respetando los principios recogidos en la Ley, indicadores clave para cada materia del estado de información no financiera.

- (c) La Ley mantiene la posibilidad que ya contemplaba el Real Decreto-ley de que el estado de información no financiera se incluya dentro del informe de gestión o se emita en un informe separado, siempre que se indique de manera expresa en este caso que la información forma parte del informe de gestión, incluya la información requerida en la Ley y se someta a los mismos criterios de aprobación, depósito y publicación que el informe de gestión.
- (d) El informe sobre la información no financiera debe ser presentado como punto separado del orden del día para su aprobación en la junta general de accionistas de las sociedades.
- (e) Se prevé expresamente que la información incluida en el estado de información no financiera deberá ser verificada por un prestador independiente de servicios de verificación.
- (f) El informe se deberá poner a disposición del público de forma gratuita y ser 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 período de cinco años.
- (g) Se introduce como nueva facultad indelegable del consejo de administración de las sociedades cotizadas la de "supervisión del proceso de elaboración y presentación de la información financiera y del informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, la información no financiera preceptiva, y presentar recomendaciones o propuestas al órgano de administración, dirigidas a salvaguardar su integridad" (artículo 529 ter, letra j, LSC).
- (h) Se amplía el contenido del informe anual de gobierno corporativo sobre la política de diversidad (subapartado 6ª del artículo 540.4 LSC), que deberá referirse no solo al consejo de administración, sino también al de dirección y a las comisiones especializadas.

2. Otras novedades relevantes

- (a) Se modifica en profundidad el artículo 348 bis de la LSC (derecho de separación en caso de ausencia de distribución de dividendos bajo determinadas circunstancias), tratando de corregir los problemas tanto de interpretación como de ejecución que planteaba la redacción anterior. En concreto, las principales novedades que incorpora son las siguientes:
- (i) Parece aclarar el *dies a quo* del periodo de cinco años inicial durante el cual no se aplica el artículo, al establecer que *"transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la Sociedad"*. Con la antigua redacción (*"A partir del quinto ejercicio"*) se planteaba la duda de si se podía ejercer el derecho en ese quinto ejercicio o respecto de los beneficios del quinto, es decir, durante el sexto ejercicio. Con la nueva redacción cabría entender que el derecho podría reclamarse una vez comenzado el sexto ejercicio respecto de las cuentas del quinto. No obstante, el legislador no ha aprovechado para aclarar cómo debe interpretarse este aspecto en los casos de modificación estructural.
 - (ii) Se sustituye el concepto de los *"beneficios propios de la explotación del objeto social"*, que tantas dudas generaba, por *"beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles"*, por lo que parece que la norma pretende incluir tanto a los beneficios ordinarios como a los extraordinarios o excepcionales.
 - (iii) Se aclara que el socio que podrá ejercer el derecho de separación será aquel que haya hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos.
 - (iv) Se reduce a un 25% el porcentaje mínimo de beneficios a distribuir para que no sea ejercitable el derecho de separación, frente a la regulación anterior, que establecía un tercio de los beneficios distribuibles. Se permite, además, cumplir con dicho porcentaje en términos agregados durante un periodo de cinco ejercicios, es decir, no habrá derecho de separación si el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivale, por lo menos, al veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles generados en dicho periodo.
 - (v) Se establece la necesidad de que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores, para poder exigir el reparto de dividendos.
 - (vi) Se permite que los socios alteren el régimen legal mediante la inclusión de una cláusula estatutaria, aprobada por unanimidad o, en su caso, por mayoría, siempre que al socio discrepante se le permita ejercitar su derecho de separación.
 - (vii) Se excluye de la aplicación del artículo a las sociedades cotizadas, aquellas cuyas acciones estén admitidas a negociación en un sistema multilateral de

negociación (por ejemplo, el MAB), las sociedades que se encuentren en concurso o en determinados supuestos concursales, las sociedades que hayan obtenido un acuerdo de refinanciación que se encuentre en situación de irrevocabilidad y las sociedades anónimas deportivas.

- (viii) Se añade una especialidad en relación con las sociedades dominantes de un grupo de sociedades, especificándose que debe reconocerse el derecho de separación al socio de la sociedad dominante, aunque la misma no haya obtenido beneficios conforme a lo establecido en este artículo, si su junta general no acordase la distribución como dividendo de, al menos, el 25% de los resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante del ejercicio anterior, siempre que sean legalmente distribuibles y, además, se hubieran obtenido resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante durante los 3 ejercicios anteriores.
- (b) Se modifica el artículo 62 de la LSC, permitiendo la no acreditación de la realidad de las aportaciones dinerarias de los socios fundadores en la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada, cuando éstos manifiesten en la escritura de constitución que responderán solidariamente frente a la sociedad y los acreedores de la realidad dichas aportaciones.
- (i) Se modifica el artículo 276 de la LSC, fijando un plazo máximo de doce meses desde el acuerdo de distribución del dividendo por la Junta General para el abono completo a los socios del dividendo acordado.
- (j) Se añade un nuevo párrafo al artículo 514 de la LSC, relativo a la igualdad de trato en las sociedades cotizadas, estableciendo la obligación para dichas sociedades de dar 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.
- (k) Se amplía el concepto de diversidad para la selección de consejeros de las sociedades cotizadas (artículo 529 bis, apartado 2, de la LSC), de forma que se promuevan procedimientos de selección que favorezcan la diversidad no sólo en materia de género, experiencias y conocimientos sino también de edad, discapacidad y formación. Asimismo, se establece una mención expresa a que se facilite la selección de consejeras en un número que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres.

3. Entrada en vigor

Las modificaciones introducidas por la Ley aplican a los ejercicios sociales que se inicien a partir del 1 de enero de 2018, salvo la modificación del artículo 348 bis de la LSC que será de aplicación a las juntas generales que se celebran a partir del 30 de diciembre de 2018.

Las disposiciones finales de esta Ley afectan también a otras materias (modificaciones a la normativa de instituciones de inversión colectiva, servicios de pago y apoyo a los emprendedores y su internalización), que no son objeto de esta Nota Técnica.