



**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE
ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES:
IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

María Cristina Escribano Gámir

Professora Titular de Direito Mercantil da
Universidade Castilha – La Mancha, Espanha.

DOI – 10.5585/rtj.v4i1.246

RESUMEN

El proceso de participación de las mujeres en los puestos de dirección de las empresas, está siendo muy lento. En España, hoy día, la cifra de participación se sitúa en el 10% con relación a los puestos de los Consejos de Administración. En este estudio, se analizan las medidas de aceleración de este proceso que comprenden, tanto los Códigos de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, como las medidas legales de imposición o de proposición de cuotas de participación existentes en nuestro Derecho y las que han ido apareciendo en Derecho comparado. Especial énfasis se otorga al estudio de la propuesta de Directiva COM (2012) 614 final, destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, y al análisis de las necesarias medidas que debieran adoptarse en el derecho español para su eventual transposición.

PALABRAS CLAVE: Igualdad de género; Consejo de Administración de Sociedades Mercantiles; sistema de cuotas; Códigos de Buen Gobierno.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

ABSTRACT

The process of access of women to directive positions in private companies is being very slow. Today in Spain only a 10% of the seats in Corporate Directive Boards of the big companies are occupied by women. This essay deals with the means and instruments that being used to speed up this process, in which are included the Codes of Good Governance of companies listed on stock exchanges and legal measures, such coactive or proposed gender quotas for female presence in Corporate Directive Boards, both in national and comparative Law. An special look is given to the proposal of Directive COM (2012) 614 final, on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and relates measures, and the requirements that eventually should be needed to adapt the actual Spanish legislation to this proposal of Directive.

KEY WORDS: Gender equality; Corporate Directive Boards in largest listed companies; quota system; Codes of Good Governance.

SUMARIO

Introducción; 1. La igualdad de trato y oportunidades entre géneros como marco general e ineludible: la responsabilidad social corporativa; 2. Breve referencia al Derecho comparado; 3. El Derecho de la Unión Europea: la propuesta de Directiva COM (2012) 614 final destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines; 4. El Derecho español; 4.1. Marco constitucional y jurisprudencia del TC; 4.2. Informes y recomendaciones de Gobierno Corporativo; 4.3. La Ley de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo. La norma del artículo 75; 4.4 La trasposición de la Propuesta de Directiva al Derecho español: reflexiones.

INTRODUCCIÓN

La participación de las mujeres en los puestos de dirección de las empresas es, en general, un proceso que viene resultando lento, salvo excepciones en el entorno europeo. Tanto es así, que, como es conocido, no ha dudado, en calificarse de fracaso

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

social. En España las mujeres apenas ocupan el 22% de los cuadros intermedios, el 11% de la alta dirección y algo más del 10% de los puestos en los Consejos de Administración¹. Por sectores el análisis es más elocuente, puesto que mientras en algunos el porcentaje se sitúa entre el 20 y el 22%, en otros, apenas el siete.

Así, el más elevado lo hallamos en el sector público, salud y entretenimiento, con las cuotas más arriba señaladas, para ir descendiendo hacia el 16 % en retail y consumo y servicios. El 11% en el sector del automóvil y un 11% y un 10% en el financiero y energía, respectivamente. Los de construcción/inmobiliario y productos industriales se sitúan en los puestos inferiores con ese 7% antes señalado.²

Lo cierto, sin embargo, es que no existen explicaciones convincentes para esta situación, salvo la lógica del retraso de la mujer a incorporarse al mundo laboral de alto nivel en el mundo empresarial, la maternidad y cuidado de dependientes, etc. La pregunta en términos sencillos es si se espera a que evolucione naturalmente el fenómeno -toda vez que lo previsible sea la plena equiparación- o, si se acelera el proceso con intervenciones legales al fin de que no se pierdan más generaciones. Ventajas y desventajas como fácilmente puede preverse por el comprensible rechazo de establecer sistemas coercitivos que afecten a la libertad de empresa, pero, en otro lado, el peligro de que la no intervención lleve a convertir la igualdad en un proyecto casi mineral.

En nuestro país, ya en 2006 el Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas introdujo el debate público acerca de la necesidad de promover medidas para mejorar la presencia de mujeres en los órganos de dirección de las empresas, aunque no promovió cuotas ni umbrales mínimos. De este modo, otorgaba un amplio margen de maniobra a las empresas.

Sin embargo, resulta de interés el cambio de filosofía que se aprecia claramente en los redactores del texto; cambio que, a nuestro modo de ver, ha favorecido una nueva de perspectiva, introduciendo un lenguaje y criterios económicos y complementando así el

¹ Fuente El País, Negocios, 12-5-2013, pág. 3. Vid., asimismo, entre otros el informe *La mujer directiva en España. Women as leaders*, publicado por PwC (en adelante Informe PwC), 2013, pág 14 y ss. Donde se subraya que tan sólo un 31% de las empresas españolas cuenta con alguna mujer en sus Consejos de Administración, a pesar de la Ley de Igualdad de 2007.

² Informe PwC, pág. 13.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

tradicional plano de la ética, de la política y de la responsabilidad social corporativa (en adelante, RSC). Sirvan las siguientes líneas del Código Conthe para introducir las páginas que siguen sobre esta materia:

Lograr una adecuada diversidad de género en los consejos de administración no constituye sólo un desafío en el plano de la ética, de la política y de la responsabilidad social corporativa; es también un objetivo de eficiencia que las sociedades cotizadas deben plantearse, al menos a medio plazo. Desaprovechar el potencial talento del 51% de la población –las mujeres- no puede ser económicamente racional en el conjunto de las grandes empresas de nuestro país.

**1. LA IGUALDAD DE TRATO Y OPORTUNIDADES ENTRE GÉNEROS
COMO MARCO GENERAL E INELUDIBLE: LA RESPONSABILIDAD
SOCIAL CORPORATIVA**

La Comisión Europea, ya desde la Cumbre de Lisboa, en 2000, definió la Responsabilidad Social de las Empresas como la “integración voluntaria por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones empresariales y sus relaciones con sus interlocutores”.³ Así, se trata de un concepto que contiene como elemento básico la voluntariedad: las empresas integran en su desarrollo y desenvolvimiento como operadores en el mercado las preocupaciones sociales y ecológicas. En este sentido debe destacarse el valor que encierra el concepto: procurar mejores prácticas empresariales. Como se ha señalado, la RSC no es una moda, “ni

³ En julio de 2001, la Comisión presentó el Libro Verde “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas (vid. *Comunicación de la Comisión* COM (2002) 347 Final). La Responsabilidad social de las empresas –se dijo ya entonces- puede contribuir al logro del objetivo estratégico de convertir la UE en “la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo (...) con más y mejores empleos y con mayor cohesión social”. En marzo del 2006 la Comunicación de la Comisión Europea y la Resolución del Parlamento Europeo de marzo de 2007, establecieron “el necesario desarrollo de una política horizontal que se concrete en la constitución de un ámbito permanente unilateral para el estímulo de las políticas de Responsabilidad social de las Empresas, el encuentro entre la Administración y las partes interesadas y el análisis de la situación española en materia de Responsabilidad social de las Empresas. Vid., sobre el tema, HUERTA VIESCA, M^a I., *Las mujeres en la nueva regulación de los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles españolas (artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, Pamplona, 2009, pág.194, en nota 611.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

circunstancia, ni un elemento marginal, sino que expresa un cambio esencial en la concepción de la empresa”⁴.

La RSC nació vinculada inicialmente a otros aspectos e intereses de la comunidad política, sociológica, jurídica y económicamente estimada. Así, la consideración del consumidor y su tutela, la calidad, la transparencia, pasando posteriormente a expandirse a otros ámbitos: esencialmente al medio ambiente y la ecología. En su avance, hija de sociedades que han ido transformando sus valores en un mundo cada vez más global y, sobre todo, el cambio fundamental que experimenta el concepto de ciudadanía; esto es, el ciudadano como sujeto de libertades y derechos políticos, más tarde como sujeto de Derechos Fundamentales y ya, desde finales del siglo pasado, como sujeto de derechos económicos y sociales, la SRC avanza hacia un nuevo modelo de empresa que convive en la sociedad y coadyuva al buen funcionamiento de ésta.⁵

Se habla así de los *stakeholders*; grupos que, afectados por la actividad de la empresa, tienen expectativas en el comportamiento de ésta y que, unidos en su diversidad, aúnan los intereses de toda la comunidad. Se trata de los accionistas, trabajadores, clientes, contratistas, proveedores, bancos, administraciones públicas, usuarios y consumidores, ONGs, etc.

⁴ Vid. CASTRO SANZ, M., “Las empresas de economía española y la responsabilidad social corporativa”, en *Papeles de Economía Española*, nº 108, 2006, págs. 92 y 93. En el mismo sentido, el pensamiento de TORTOSA COSME. E., “Responsabilidad social de la empresa: un nuevo modelo de empresa”, en *Papeles de la Economía Española*, nº 108, 2006, pág. 107. Se trata –señala– de “una manera de entender la empresa y las relaciones que se dan entre sus grupos de afectados, porque la empresa, aunque en principio genera bienes privados, tiene repercusiones públicas y, por tanto, no vale cualquier medio para conseguir sus fines.

⁵ En este sentido, EMBID IRUJO, J.M., “Igualdad de género y poder de decisión en la empresa. La participación de las mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 0, octubre 2008, pág.86, señala que el “objetivo de la empresa como institución de la vida económica, no consiste sólo y exclusivamente en maximizar su beneficio, sino que también se puede y debe proyectar en la satisfacción de intereses personales y sociales de sus miembros, así como de la comunidad o territorio en el que realiza o sobre el que repercute su comportamiento”.

Vid., asimismo, FUENTES NAHARRO, M/FERNÁNDEZ TORRES, I/DÍAZRUIZ, E/AMESTI MENDIZÁBAL, CH.; “Responsabilidad Social Corporativa y el Derecho de Sociedades”, en *Responsabilidad Social de las Organizaciones*, Dir. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. Madrid, 2013, págs. 309-363, en particular, las págs. 347-349, sobre el estado de la cuestión en materia de participación de las mujeres en los Consejos de Administración en las sociedades cotizadas, como una de las cuestiones “que se consideran propias de las políticas de RSC.

EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Desde hace ya unos años, bastantes más si vamos a los precedentes norteamericanos, la RSC es también el marco para el reconocimiento de la mujer y la promoción de la igualdad entre géneros. Al respecto y por lo que aquí se refiere, establecer las medidas e instrumentos para lograr el acceso de aquella a los Consejos de Administración de las empresas. Así, nuestra propia Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI) de 2007 destina un apartado concreto a la RSC (Título VII) y, en particular, el art. 75.

En nuestro país, en esta misma línea, el propio mercado en el ámbito del *Corporate Governance* - espacio próximo al de la RSC- hallamos una coincidencia en el propósito, con la singularidad propia, claro está, del sujeto agente. Como veremos más adelante, se aspira desde esta sede a lograr una mayor representación de las mujeres y equilibrio entre géneros en los Consejos de Administración de las cotizadas⁶.

2. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

En Europa el acceso de las mujeres a los Consejos de Administración ha ocupado no pocos esfuerzos; algunos de ellos manifestados en la adopción de medidas legales tras años de debates, estudios, propuestas de diversos sectores e, incluso, recomendaciones de Buen Gobierno Corporativo. Desde hace tres o cuatro décadas las mujeres han irrumpido decididamente en el mundo laboral en Europa, con los matices y diferencias conocidas entre los países del norte y sur de Europa⁷. Sin embargo, su representación en los puestos de responsabilidad ha sido prácticamente anecdótica; en algunos sectores, inexistentes.

⁶ EMBID IRUJO, J.M., *op.loc.ult.cit.* Asimismo, el autor, en “Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en SALA FRANCO/BALLESTER PASTOR, BAÑO LEÓN/EMBID IRUJO/GOERLICH PESET (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 324, para quien “que este objetivo sea un elemento típico de la responsabilidad social de las empresas, parece una afirmación indudable. Pero, a la vez, también constituye pieza destacada del ámbito propio del Gobierno Corporativo (...), es decir, del conjunto de medidas encaminadas a dotar de una estructura de gobierno más eficaz y transparente a las empresas y, en particular, a las sociedades cotizadas en bolsa, sometiendo a sus administradores y directivos a un amplio conjunto de deberes a fin de que su actividad se oriente primariamente al servicio de la sociedad que administran o dirigen y de los socios que la componen”

⁷ En EEUU, la incorporación de la mujer al trabajo se produce ya durante la Segunda Guerra Mundial; básicamente en el marco de la industria. En las fábricas la fuerza obrera femenina fue mayoritaria.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

Es conocida la división al respecto entre los países del norte y sur de Europa, existiendo notables diferencias entre unos y otros en cuanto a la incorporación de la mujer a los puestos de dirección de las empresas. A este respecto existe un dato que resulta de interés: la existencia de dos modelos diversos que coinciden en situar mayores o menores logros. El modelo de las “recomendaciones” (Alemania, Reino Unido, España, Francia e Italia, estos dos últimos hasta el 2011. Y EEUU, al otro lado del Atlántico) y el modelo de “medidas obligatorias”, de los países escandinavos (Noruega, Finlandia) e Italia y Francia después del 2011.⁸

En Finlandia hallamos en 2007 porcentajes ideales para el resto del entorno, como un cuarenta por ciento de mujeres en puestos de dirección. Aunque la regulación sobre no discriminación de la mujer directa o indirecta parte del 1986, es en 1995 cuando también por Ley se obliga a fomentar activamente la igualdad con objetivos concretos y sobre una planificación previa. Se introduce así la cuota del cuarenta por ciento de ambos sexos en el ámbito público. Exactamente, en comisiones del Gobierno, órganos consultivos, etc.

Noruega ha sido sin duda el país con un compromiso y mayor preocupación con el acceso de la mujer a los puestos de poder en la empresa. Ahora bien, al igual que en otros países de cultura escandinava, el camino se inicia en el ámbito público. Concretamente, entre los años 70 y 80 se logra una presencia sin precedentes de la mujer en puestos de decisión política. En 1983 se impone la representación 40/60 en los órganos de Gobierno y Administración Pública, con la introducción de una disposición específica en el *Equal Status Act* de 1978. Pero será en 2003 cuando se produzca la avance definitivo en el ámbito privado: por ley se obliga a las empresas a formar paritariamente sus Consejos de Administración.

En 2004, y tanto para la empresa pública como para la privada, se impone una representación de al menos el 40% de cada sexo en los Consejos de administración. No obstante, aunque resultaría obligatoria para las primeras desde su entrada en vigor, las segundas tendrían un plazo de tres años para no ser penalizadas por no dar cumplimiento a la cuota femenina. Quedan exentas de esta obligación las *privately-held*

⁸ El estado de la cuestión en el Derecho comparado europeo, así como las iniciativas de la UE, pueden verse también en PÉREZ TROYA, A., “La incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Mercantil”, en *RDM*, n° 288, abril-junio 2013, pags. 55 y ss.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

companies. De otro lado, la aplicación de esta Ley distingue según el número de miembros que compongan el Consejo de Administración de modo que a partir de nueve se impone un equilibrio de al menos el 40% del sexo menos representado. En el supuesto mínimo, esto es Consejos de dos o tres miembros, basta con que cada sexo tenga representación.⁹

Ahora bien, donde la legislación Noruega formuló la principal diferencia con el resto de las existentes y, aun de las que se promulgarían tiempo después, fue en cuanto a las consecuencias del incumplimiento. En efecto, la gravedad de las sanciones resulta un paso firme para lograr el objetivo propuesto por la Ley. La expulsión del registro e incluso la disolución de la sociedad subrayan la distancia, aún hoy, de las tímidas soluciones que se vienen estableciendo, incluso en el Derecho de la UE que desde el 2011 pretende imponer una cuota significativa -40%- , pero deja a los Estados las sanciones exigiendo, eso sí, que resulten efectivas a los efectos pretendidos por la Propuesta de Directiva.

Como puede fácilmente entenderse, las críticas a una legislación tan rigurosa han sido elocuentes, con el siempre estigma de la injerencia del Derecho público en el ámbito del poder de decisión del empresario.¹⁰

En el país vecino la transformación operada en la materia ha sido notable. El cambio se inicia en 2006 con el proyecto de Ley para la igualdad salarial de hombres y

⁹ Vid. HUERTA VIESCA, M.I., *Op. Cit.*, págs. 94-98

¹⁰ Sobre la cuestión, puede verse HUERTA VIESCA, M.I., y la bibliografía allí citada, *Op. Cit.*, pág. 96. En particular, la nota 257 donde da cuenta de la interesante iniciativa del programa *female future* para la formación de mujeres en puestos de responsabilidad. Asimismo, resulta de interés el dato de que no haya sido necesario recurrir a tan polémicas sanciones puesto que las empresas se han adaptado a la normativa –contaban con un plazo de dos años para la adaptación- , o bien han cambiado el tipo societario al de sociedad de responsabilidad limitada.

Como advierte también la mencionada autora, las críticas a la Ley noruega acusan la política legislativa de “sacrificar la cualificación profesional a favor del cumplimiento de la cuota”, vid. pág. 97. No obstante, el éxito de aquélla ha alentado a otros países a optar por la misma vía. Así, en Bélgica la ministra de igualdad está decidida a imponer una cuota del 30% de mujeres en los Consejos de Administración.

Como veremos más adelante, la UE, sensible a este posible efecto perverso de la regulación, insiste en el mérito y capacidad de la candidata sin que, en ningún caso sea posible elevar la condición de género por encima de la cualificación profesional del candidato o candidata. Vid. El art 4 de la Propuesta de Directiva 2012, “Los Estados miembros velarán porque en la selección de los administradores no ejecutivos, se de prioridad al candidato de género menos representado si tiene la misma cualificación que un candidato del otro género en términos de adecuación, competencia y rendimiento profesional (...)”

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

mujeres¹¹, que reforma los arts. 225-17 y 225-69 del Ccom. En estos se prohibía que alguno de los dos sexos pudiera estar representado en más de un 80%, entre otras disposiciones en función del número de miembros que formase el Consejo de Administración.

Posteriormente, la Ley de 23 de marzo de 2006¹², en su título III, establece la representación equilibrada de hombres y mujeres en los Consejos de Administración y Vigilancia de las sociedades anónimas. Sin embargo, el proceso entra en barrena cuando el Consejo Constitucional francés considera que la Constitución no permite que la composición de los órganos directivos y consultivos de las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, pueda regirse por normas coercitivas por razones de género.¹³

El propósito firme de poner fin a la desequilibrada situación histórica de la mujer, llevó en Francia hasta la reforma constitucional en 2008. En este sentido, el artículo primero de la Constitución dice: la ley favorecerá el igual acceso de mujeres y hombres a los cargos electorales y funciones electivas, así como a los puestos de responsabilidad profesionales y sociales.

El debate, entonces, se situó en tres puntos: la imposición de medidas legales de acción positiva con sanciones para los casos de incumplimiento; el ámbito de aplicación que afectaría tanto a los Consejos de Administración como de Vigilancia, no así a los comités de dirección o los ejecutivos por regirse por principios contractuales y, finalmente, la fijación de las medidas de acción positiva. En un primer momento el objetivo fue buscar un equilibrio casi paritario, distinguiendo según el tamaño del Consejo. En cuanto al tiempo, se pensó en un quinquenio.

Por lo que se refiere al régimen sancionador, se abandonó la idea de la nulidad de los acuerdos del órgano irregularmente constituido, si bien no fue así con la de los

¹¹ N° 545, sesión de 23 de febrero de 2006.

¹² Ley n° 2006-340, relativa a la igualdad salarial entre hombres y mujeres.

¹³ *Décision* 2006-533 DC, de 16 de marzo de 2006 sobre *la Loi relative a l'égalité salariale entre les femmes et les homes*. En el Considerando n° 15, señala (...) *faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune; que dès lors, la Constitution ne permet pas (...)*. Y continúa en el Considerando 16: (...) *les dispositions du titre III de la Loi déférée sont contraires au principe d'égalité devant la loi; qu'il y a lieu en conséquence de les déclarer contraires à la Constitution; qu'il en est de même des autres dispositions du Titre III, en raison de leur caractère inseparable des précédentes*".

Téngase en cuenta que la interpretación del Tribunal Constitucional francés ha tenido una importante influencia en otros Estados, como es el caso del español.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

nombramientos que rompieran la regla de equilibrio. Por fin, la publicidad y la rendición de cuentas de las medidas adoptadas para el cumplimiento de la Ley cerraban un sistema que procuraba el logro del objetivo a la vez que la tutela de la seguridad jurídica y no entorpecer el funcionamiento de las empresas.¹⁴

El 27 de enero de 2011 se promulga en Francia la Ley nº 2011-103 *relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle*. En ocho artículos el legislador ha regulado sistemáticamente la materia. En su virtud se han modificado y dictados *ex novo* diversos artículos del Ccom y de la Ley 83-675 de 26 de julio de 1983.

Brevemente, se prevé la composición paritaria de los Consejos de Administración de las cotizadas, no siendo posible que la proporción de administradores de cada sexo sea inferior al 40%. Además, quedan obligadas las grandes empresas; esto es, aquellas cuyo número de trabajadores sea igual a 500 y tenga una cifra de negocios o un total en el balance de al menos 50 millones de euros¹⁵. Los Consejos de administración de las empresas públicas también han quedado afectados por la normativa, con la modificación de la Ley nº 83-675 de julio de 1983 relativa a la democratización del sector público antes mencionada

Se consagra, finalmente, la nulidad de los nombramientos irregulares para los dos Consejos. Además, el pago de la remuneración prevista en la Ley quedará en suspenso, reestableciéndose cuando la composición del Consejo de cumplimiento a la paridad, según exige la Ley. Como ya hemos señalado, la nulidad de las deliberaciones se desestimó por ser contraria al principio de seguridad jurídica. Hay que observar que no se han establecido sanciones económicas; si bien, permite la Ley que puedan llegar a fijarse.

La *vacatio legis* general es de seis años -1 de enero de 2017- , toda vez que se ha establecido algunos plazos intermedios como el de los tres años para aquellas

¹⁴ Un estudio del Derecho francés puede verse en HUERTA VIESCA, M.I., “La nueva regulación francesa sobre paridad en los consejos de administración de las grandes sociedades”, en *RDS*, julio-diciembre 2011, págs. 227-234. En particular, sobre el *iter* págs. 227-230.

¹⁵ Vid. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., “Mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles: una aproximación al Derecho francés”, en *Lección inaugural del curso académico 2011-2012*, Universidad de Valladolid, que ofrece el dato de alrededor de 2000 sociedades afectadas por la norma.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

sociedades cuyas acciones estén admitidas a cotización en un mercado regulado. A este respecto la proporción, tanto en el Consejo de Administración, como en el de Vigilancia, no puede ser inferior a un 20%.

El sistema francés ha venido siendo reconocido en general, aunque ha contado con no pocos detractores. Entre sus defensores se ha llegado a ver como “el modelo a seguir en la consecución y mantenimiento de los derechos universales (...) como los de las mujeres”¹⁶.

Comentado el régimen francés con las limitaciones impuestas por el objeto de estas líneas, debemos hacer mención a algunos otros ordenamientos -ya en referencia siquiera- para dar cuenta de lo esencial. Al respecto, y por lo que se refiere a Reino Unido el Código de Buen Gobierno dictado por *UK Financial Reporting Council* en mayo de 2010 recomienda que la búsqueda, para la elección de los candidatos para los Consejos, deberá realizarse desde la diversidad de género. En este sentido la *Equality Act 2010* permite al Gobierno regular procedimientos para divulgar las diferencias salariales entre hombres y mujeres. Por lo demás, Reino Unido no ha establecido un sistema de cuotas.

En Alemania se han iniciado cambios también en este sentido. El *Deutscher Corporate Kodex* establece recomendaciones -por tanto, no obligatorias- en la línea del *Comply or explain*. En el mismo sentido, los *Supervisory Boards* deberán considerar a las mujeres para el desempeño de puestos en el Consejo¹⁷. No obstante, téngase en cuenta que el intenso debate ha llegado incluso a cuestionar la constitucionalidad de una medida vinculante, toda vez la afectación que supondría para la libertad de empresa.

La iniciativa que, por ahora, parece tener mayores posibilidades de aceptación es la “flexi cuota”; esto es, las empresas las que establecen sus propios objetivos en materia de igualdad de género y se comprometen a cumplirlos.

¹⁶ Vid. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., *Op.cit.*, pág. 26 y opiniones allí citadas. Vid., asimismo, HUERTA VIESCA, M.I., “La nueva regulación francesa...”, págs. 233 y 234

¹⁷ Vid., REDENIUS-HOEVERMANN, J/WEBER-REY, D., “La représentation des femmes dans les conseils d’administration et de surveillance en France et en Allemagne”, en *Revue des sociétés*, 2011, págs.. 203 y ss, para un análisis comparativo de los dos ordenamientos y, en particular, el recorrido que ha realizado el país germano

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

Por fin, en Italia el 12 julio de 2011 se aprobó la Ley, nº 120 en materia de paridad de acceso a los órganos de administración y de control de las sociedades, con el fin de reequilibrar los géneros en orden a lograr la presencia de las mujeres tanto en los Consejos de Administración, en otros órganos de gestión, así como el colegio de síndicos de las sociedades. Nace así esta Ley que modifica el Decreto Legislativo de 24 de febrero de 1998, nº 58, introduciendo en el Derecho societario cuotas de género.

La disciplina afecta a sociedades cotizadas, pero, además, ha previsto la aplicación de la normativa a los órganos de administración y de control de las sociedades controladas por las administraciones públicas, en el sentido del art. 2359, 1 y 2 del *Codice Civile*, no cotizadas en los mercados regulados. Se trata, en este caso, de las sociedades con participación pública, ya sean nacionales o locales que en Italia se estiman, aproximadamente, en siete mil¹⁸.

En cuanto al sistema establecido el art. 1-ter de la Ley 120 establece que los estatutos preverán qué reparto de los administradores electos sea efectuado sobre la base de un criterio que asegura el equilibrio entre los géneros. El menos representado deberá obtener, al menos, **un tercio** de los puestos en el Consejos electos. Este criterio, continúa la norma, se aplica por tres mandatos consecutivos.

La institución prevista para que controle la aplicación de la Ley es la Consob. En este sentido, la entidad -conocido el incumplimiento- otorgará un plazo de cuatro meses a la sociedad en cuestión para que cumpla la norma; de no ser así, será la propia Consob la que impondrá una multa –sanción administrativa pecuniaria-. Ésta oscila entre 100.000 y 1.000.000 euros, según los criterios y modalidades establecidas en el propio reglamento de la Consob, en el caso de Consejo y entre 20.00 y 200.000 euros si afecta al Colegio Sindical. Ahora bien, la sociedad incumplidora debe en un nuevo plazo de tres meses reequilibrar su órgano. De no ser así, los miembros elegidos “irregularmente” cesarán en el cargo.

El ordenamiento italiano, a diferencia del francés, ha establecido un sistema de plazos breves de cumplimiento con consecuencias diversas en caso de incumplimiento

¹⁸ Servizio per la qualità degli atti normativi. Ufficio per la fattibilità amministrativa e per l'analisi dell'impatto degli atti in itinere, “Quote di genere parità. di accesso agli organi di amministrazione e controllo delle società. Le società a controllo pubblico: un caso di analisi de impatto della regolamentazione”, pág. 7

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

de la misma obligación; esto es, el equilibrio de género en los puestos de los órganos de la administración. En cuanto al primer plazo, la sanción por violación de la norma es económica; en cuanto al segundo, la cesación en el cargo. En el sistema francés no existe la multa -aunque, como hemos señalado, pudiera fijarse por Ley- sí, en cambio, la remoción en el cargo de los consejeros irregularmente elegidos. No obstante, este Derecho sí prevé la suspensión de la retribución de los administradores, a diferencia del italiano. Coinciden ambas regulaciones en proteger la seguridad jurídica de los acuerdos, de modo que aquéllos que fueran adoptados en los plazos de irregularidad del órgano no quedan viciados de nulidad. La tutela del tráfico económico ha sido preservada, en todo caso, por ambos legisladores.

La normativa italiana se ha inclinado por un sistema temporal y cuantitativo gradual. Así, aquélla se ha de aplicar en la primera renovación que haya de producirse un año después de la entrada en vigor de la Ley y, del mismo, modo, en la primera renovación. En este caso, la exigencia/cuota será de **un quinto**, para, en las siguientes, llegar a **un tercio**. Para las sociedades públicas se aplica la misma cuota.

EL 30 de noviembre de 2012 se dictó Reglamento –nº 251- con el fin de establecer modalidades de actuación y criterios uniformes para todas las sociedades afectadas, así como la forma y los términos del procedimiento en el supuesto de que deba efectuarse la sustitución de los cargos decaídos.

A la vista de las líneas que preceden, observamos que los países de Europa se han ido alineando en torno al sistema “duro” ya iniciado por los Estados del norte. Las democracias no parecen que puedan consentir estructuras de gobierno en cualquier ámbito plural desequilibradas entre los dos géneros que forman la ciudadanía. Tan sólo Alemania y Reino Unido, aún en la convicción de la igualdad de géneros, no han optado aún por adoptar medidas de coerción para acelerar el proceso y que no se pierdan más generaciones.

En este sentido, las palabras de algún autor dan cuenta de la inteligencia que viene alentando el cambio: “si la mujer y el hombre son complementarios (...) no sólo desde un punto de vista físico y psíquico, sino ontológico (...), solamente en la dualidad de “lo femenino” y de lo “masculino” se realizan completamente. Siendo así, en la elevada

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

tarea de la administración de los recursos, el hombre y la mujer tiene un inicio igual de responsabilidad. (...) La sociedad (o mejor dicho la humanidad) está compuesta de mujeres y de hombres: es en nombre de la misma democracia, no del interés de las mujeres, por lo que surge la exigencia de que las instituciones, al igual que la sociedad, estén compuesta por hombres y mujeres (...)”¹⁹

3. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPA: LA PROPUESTA DE DIRECTIVA COM (2012) 614 FINAL DESTINADA A MEJORAR EL EQUILIBRIO DE GÉNERO ENTRE LOS ADMINISTRADORES NO EJECUTIVOS DE LAS EMPRESAS COTIZADAS Y POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS AFINES

Estudiar el Derecho de la UE, en su magnífica amplitud, excede el ámbito de estas páginas. A pesar de ello, resulta evidente su necesaria inclusión, por lo que vamos a intentar referirnos a él deteniéndonos un poco más en la Propuesta de Directiva 2012 que, seguramente, alumbrará el compromiso de todos los Estados de la Unión en materia de la composición equilibrada de géneros en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles.

Durante varias décadas, los Estados miembros (en adelante, EEMM) y las instituciones de la UE han realizado intentos numerosos para promover la igualdad de género en la toma de decisiones económicas; en particular, para aumentar la presencia de las mujeres en los Consejos de Administración de las empresas. Para ello, se han ido utilizando diversas fórmulas, como recomendaciones o incluso impulsando la autorregulación. En este sentido, debemos destacar dos recomendaciones de 1984 y 1986 del Consejo que llamaban al sector privado a aumentar la presencia de mujeres en el ámbito del poder de decisión para lo que se le instaba a adoptar medidas de acción positiva.

Junto a ello, la UE ha dictado varias Directivas sobre acceso al empleo, formación profesional, condiciones de trabajo, como la 76/207, de febrero de 1976, la Directiva

¹⁹ GARCÍA GÓMEZ, A. “Legislación italiana sobre acciones positivas en favor de las mujeres en el sector de la participación política”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época.*, vol. 9, 2008, pág. 342.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

de 23 de septiembre de 2002, la 96/34, de 3 de junio de 1996 (conciliación entre la vida profesional y la familiar). Asimismo, Recomendaciones como la 92/131/CEE de la Comisión de 27 de noviembre de 1992, sobre la protección de la dignidad de las mujeres y hombres en el trabajo, entre otras.

Sin duda ha resultado esencial el que el Tribunal de Justicia de la Unión haya declarado el derecho a la igualdad como un principio fundamental del Derecho comunitario, sobre todo si el mismo se ha acompañado de la prohibición de discriminación, como ha venido estando en el ordenamiento de la UE²⁰.

La estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades, publicada por la UE en el marco de su Agenda Social 2005-2010, así como el *Plan de trabajo para la igualdad entre mujeres y hombres para el período 2006-2010*, dan cuenta del interés de las Instituciones europeas en la materia.

Las medidas de acción positiva han venido siendo una constante en la acción comunitaria. En este sentido, la Recomendación del Consejo 84/645/CEE, de 13 de diciembre constituyó uno de los textos claves para la promoción de la mujer. De igual modo y, en consonancia con lo anterior, los programas de acción social de 1995 a 1997.

El Tratado de Maastricht y el de Amsterdam avanzan en esta línea imparable, como es el caso del art. 12 de éste último que autoriza al Consejo a adoptar medidas contra la discriminación por sexo.

Ya en el cambio de siglo, la UE reiteró su apoyo para lograr una mayor participación de la mujer en puestos de responsabilidad en su Carta de la Mujer²¹, así como en su estrategia para la igualdad de hombre y mujeres 2010-2015²².

El reconocimiento de que las políticas de igualdad de género son vitales para el crecimiento económico, la prosperidad y la competitividad vino de la mano del Pacto Europeo por la Igualdad entre Hombres y Mujeres para el 2011-2010, adoptado el 7 de marzo de 2011; exhortando a impulsar acciones para fomentar la igualdad de

²⁰ Como señala HUERTA VIESCA, M.I., “ Las mujeres en la nueva regulación...”, pág. 108, el reconocimiento del principio de igualdad se produjo antes en la UE que el de la tutela de los derechos humanos.

²¹ COM (2010) 78 final.

²² COM (2010) 491 final. Al mismo tiempo ha publicado varios informes de evaluación y balance de la situación, como el *More women in senior positions* en enero de 2010; el documento de trabajo de la Comisión *The Gender Balance in Business Leadership* de marzo de 2011 (SEC -2011- 246 final); el informe *Women in economic decision-making in the EU*, de marzo de 2012 y, finalmente, el documento de trabajo de los servicios de la Comisión *Progress on equality between women and men in 2011*, de abril de 2012 (SWD -2012- 85 final).

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

participación de las mujeres y hombres en la toma de decisiones a todos los niveles y ámbitos. Se destaca, derechamente, la necesidad de aprovechar todos los talentos.

Por fin, el Parlamento de Europa ha pedido a empresas y EEMM que incrementen la inclusión de mujeres en los órganos de decisión, invitando, a su vez, a la Comisión a presentar propuestas legislativas para lograr que en el 2015 las mujeres participaran en los Consejos en un 30%, y, en 2020, ascender en una cuota del 40%.

El 5 de marzo de 2012 la Comisión comunica que está trabajando con distintas opciones para romper “el techo de cristal” en favor de las mujeres en los Consejos de Administración de las empresas. La Comisaria de Justicia, Reding, hizo un llamamiento a la adopción de medidas de autorregulación creíbles. En este sentido sobre la fuente del (MEMO/11/124), Reding denuncia que sólo uno de cada siete miembros en los Consejos de las empresas europeas más importantes es mujer (13’7%). Aunque ello ha supuesto una ligera mejora (11,8% en 2010), un ritmo semejante nos llevaría a esperar más de cuarenta años para alcanzar un equilibrio digno de llamarse así (al menos un 40% de ambos sexos)²³.

En octubre, Bruselas paraliza la imposición del 40% de mujeres en los Consejos. La razón fue una división interna en la Comisión. Así, de los 27 Comisarios, sólo 9 apoyaron la iniciativa de la Comisaria de Justicia.

El 14 de noviembre de 2012 la Comisión propone ya un objetivo del 40% de presencia de mujeres en los Consejos de Administración de las empresas cotizadas para puestos no ejecutivos, quedando fuera de la norma las pequeñas y medianas empresas. La propuesta legislativa fue presentada conjuntamente por la Vicepresidenta y Comisaria de Justicia, el Vicepresidente de Industria y Emprendimiento, el de Competencia, el de Asuntos Económicos y Monetarios, el de Mercado Interior y Servicios y el de Empleo y Asuntos Sociales.

La Propuesta en la que, seguidamente, nos detendremos se propone alcanzar el objetivo del 40% en 2020.²⁴ Por su parte, las empresas públicas contarán con un plazo menor: hasta el 2018.

²³ http://ec.europa.eu/justice/newsroom/gender-equality/news/120305_en.htm, Dossier de prensa sobre las mujeres en los Consejos de Administración.

<http://ec.europa.eu/reding> .Página web de la Vicepresidenta Viviane Reding’.

http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-decision-making/database/index_en.htm. Base de datos de la Comisión Europea sobre la participación de hombres y mujeres en la toma de decisiones.

²⁴ El cálculo de empresas afectadas en la UE se estima en unas 5000

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

Es importante destacar, que frente a las proposiciones iniciales, la futura norma comunitaria ha suprimido las sanciones. En este sentido, deja a los EEMM su regulación y se limita a decir que éstas deben ser apropiadas y disuasorias. También se incide especialmente, en consonancia con la Jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales Europeos, en la no promoción a la mujer sin más. En este sentido, el mérito y capacidad de los candidatos no se verá alterado arbitrariamente en favor de la mujer. Ninguna mujer habrá de conseguir el puesto de responsabilidad por su condición de género.

El objeto de la Propuesta de Directiva²⁵ es, como es sabido, aumentar substancialmente el número de mujeres en los Consejos de Administración de toda la UE. A este respecto, establece un sistema de cuota, en cuya virtud la presencia de las mujeres se exige en un 40% entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas. Para lograr este objetivo, son esenciales los procesos previos, esto es, establecer correctos procedimientos de selección, con criterios claros y transparentes, formulados de forma neutra y sin ambigüedades.

Pensar que pueda cumplirse este objetivo a nivel europeo sin la armonización de las legislaciones de los EEMM es cándido. De hecho, nos encontramos con discrepancias significativas en las legislaciones –cuando las hay- de los EEMM. Así, se observan sistemas de “cumplir o dar explicaciones”; de objetivo de equilibrio vinculante y con sanciones; de exigencia sólo para las cotizadas, o bien para las grandes empresas; para administradores no ejecutivos o, sin embargo, tanto para los ejecutivos como para los independientes.

La **base jurídica** de la Propuesta es el art. 157, apartado 3, del TFUE; base, a decir verdad, para todas las medidas vinculantes destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluida la acción positiva.

La Propuesta contribuye al respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Así, con la norma comunitaria se pretende alcanzar el objetivo de una representación de género más equilibrada en los Consejos que no hubiera sido alcanzada por la sola acción de los Estados. En cuanto a la proporcionalidad, la actuación de la UE

²⁵ Las principales características de la Propuesta pueden verse, asimismo, en PÉREZ TROYA, A., *op. Cit.*, págs. 62-67.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

se estima adecuada al fin, correcta en la valoración coste y beneficio y, finalmente, justificada ante la inexistencia de un mecanismo con menor sacrificio para los Estados.

A decir de lo anterior, la Propuesta, en la Exposición de Motivos, denuncia la existencia de una normativa dispersa y divergente a escala nacional lo que crea problemas prácticos en el funcionamiento del mercado interior. En cuanto a la fuente formal, “se trata de una armonización mínima para fijar unos objetivos comunes, dejando a los EEMM la libertad suficiente para determinar cómo alcanzarlos mejor a nivel nacional”. De este modo, y conforme al mencionado principio de proporcionalidad, como señala la propia Propuesta (Considerando 38), “la Directiva no se excede de lo necesario (...)”. Además, el objetivo que deben cumplir las empresas está “limitado temporalmente (...), permaneciendo en vigor “únicamente hasta que se logre un proceso duradero en la composición de los consejos” (Considerando 39).

Ya en cuanto al **régimen**, en el art. 1 de la Propuesta de Directiva se fija el sujeto destinatario de la acción de Europa para lograr el acceso de la mujer a los Consejos de Administración y, con ello, su equilibrio en la composición: los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas en bolsa.

Por lo que se refiere a la elección de la entidad, obsérvese que la norma habla de “empresa”, no de sociedades. De este modo, utiliza un término jurídica, financiera y económicamente sin “controversia” para todos los Estados. El término “sociedades”, sin embargo, podría plantear algunas dificultades con los Derechos de Sociedades nacionales.

La Propuesta, en este sentido, dedica su art. 2 a las definiciones, señalando que utiliza los conceptos clave de sus propias Recomendaciones de 2003, 2005 y 2006, sobre el papel de los administradores no ejecutivos, microempresas, pequeñas y medianas y definición de Pymes y la de transparencia de las relaciones financieras entre los EEMM y las empresas públicas, así como la transparencia de determinadas empresas.

La Directiva se adapta así perfectamente a la estructura de los Consejos de Administración tanto de sistema dualita, monista como mixto. Y, en cuanto a los administradores, la definición abarca a todos los no ejecutivos, incluidos los representantes de los empleados cuando sea el caso conforme a las prácticas nacionales.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

Resulta de interés subrayar la elección del sujeto destinatario de la norma. La razón es que la UE limita su actuación a los administradores no ejecutivos o independientes. La Propuesta en su Exposición de Motivos aclara o explica su decisión: “lograr un equilibrio adecuado ente la necesidad de aumentar la diversidad de género en los Consejos, por una parte, y la necesidad de minimizar las injerencias en la gestión diaria de las empresas, por otra. Sigue en la justificación, señalando que los independientes tienen un papel esencial en los nombramientos al más alto nivel directivo y en la configuración de la política de recursos humanos de la empresa, lo que “tendrá un efecto dominó para la diversidad de género en toda la escala profesional”.

Siendo cierto lo anterior, la tendencia a equilibrar los Consejos desde la responsabilidad no ejecutiva -aunque comprensiva- no deja de causar cierta extrañeza. Es cierto que la norma comunitaria es de mínimos²⁶ y, por ello, los EEMM podrán ampliar la obligación a otros o a todos los diferentes tipos de consejeros²⁷. Sin embargo, son los ejecutivos donde se encuentra el núcleo del poder y decisión y es quizá aquí donde hubiera sido significativa la representación paritaria²⁸. En todo caso, también habría sido un frente abierto por la fuerte oposición que hubiera manifestado el mercado por la injerencia en el poder de decisión del empresario como manifestación de la libertad de empresa; derecho reconocido en todas las Constituciones.

Los Códigos de Buen Gobierno europeos han venido recomendando la necesaria diversidad de género en los Consejos, si bien, especialmente para los puestos de independientes, lo que coincide con el cambio que se produce en los años 80 del pasado siglo en los que se refuerza la función de control de los consejos, vinculado estrechamente con el nuevo papel de los consejeros independientes. Como se recordará,

²⁶ Si bien en su Considerando 20 la Propuesta utiliza los términos “los objetivos cuantitativos establecidos en la presente Directiva **sólo deben aplicarse a los administradores no ejecutivos** con el fin de lograr un equilibrio adecuado entre la necesidad de aumentar la diversidad de género en los consejos (...) y la necesidad de minimizar las injerencias en la gestión diaria de la empresa (...)”.

²⁷ Vid. El artículo 7 de la Propuesta –*Requisitos mínimos*–, según el cual los EEMM “podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables que las establecidas por la presente Directiva para garantizar una representación más equilibrada (...) en lo que se refiere a las empresas constituidas en su territorio nacional, a condición de que no generen una discriminación injustificada ni supongan un perjuicio para el buen funcionamiento del mercado interior”.

²⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Consejeros independientes: sobre su retribución y otros aspectos importantes, tanto o más” en [http:// jsanchezcalero.blogspot.com/2010/02/consejeros-independientes-sobre-su.html](http://jsanchezcalero.blogspot.com/2010/02/consejeros-independientes-sobre-su.html). .

Para las clases de Consejeros puede verse ESTEBAN VELASCO, G., “Reorganización de la composición del consejo: clases de consejeros, en particular los consejeros independientes (Recomendaciones 7 y 9 y 15)” en *RDS*, 2006-2, nº 27, págs. 107 y 108

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

son los años en los que se produce un importante movimiento de cambio en la titularidad del capital, convirtiéndose éstos consejeros en protectores frente a OPAs hostiles. En los años 90 la figura del consejero independiente se consolida con fuerza generando rendimientos para los accionistas. Por fin, en esta década se les van a asignar nuevas funciones (se incide especialmente en la de supervisión) y aparecen también nuevos estándares para valorar su independencia y su responsabilidad.

El sujeto destinatario de la obligación es la cotizada, por tratarse de empresas con gran importancia económica, visibilidad y eje de la normativa del Derecho Privado en general. Además, como señala la Propuesta en su Exposición de Motivos, presentan unos consejos mayores y su regulación es semejante en los distintos EEMM. Se entiende por empresa cotizada la constituida en un EM cuyos valores se admitan a negociación en un mercado regulado en uno o varios EEMM conforme a lo establecido en el art. 4, apartado 1, punto 14 de la Directiva 2004/39/CE.

El artículo 3 de la Propuesta excluye expresamente a las pequeñas y medianas empresas de la obligación. A este respecto, en su cuadro de definiciones (art. 2 de la Propuesta) considera pequeña y mediana empresas a aquella “que emplee a menos de 250 personas y tenga un volumen de negocios anual no superior a 50 millones de euros o un balance anual total no superior a 43 millones de euros o, tratándose de PYME constituidas en EEMM cuya moneda no sea el euro, los importes equivalentes en la moneda del EM correspondiente.

Por lo que se refiere a “empresa pública” el mencionado artículo llama a toda aquélla en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen. Se presumirá que hay influencia dominante cuando el Estado u otras administraciones posean la mayoría del capital suscrito o dispongan de la mayoría de los votos o puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de control de la empresa.

La cuota establecida es del 40% para el género menos representado o la cifra más próxima a este porcentaje, pero sin exceder del 49%. Se trata, como señala el Considerando 7 de la Propuesta del “uso eficiente del capital humano (como) factor determinante de la competitividad de una economía (...) esencial para hacer frente a los

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

desafíos demográficos de la UE, competir con éxito en una economía globalizada y garantizar una ventaja competitiva respecto de terceros países.” Por fin, la mencionada cuota se sitúa entre la “masa crítica” mínima del 30% que se estima necesaria –y así se justifica la elección- para producir un impacto duradero en la actuación de los Consejos y la plena paridad del género (50%).

En consonancia con lo señalado por el TJUE²⁹, la Propuesta hace referencia a la necesidad de conciliar los dos conceptos de igualdad formal de trato y acción positiva dirigidos a lograr la igualdad de hecho; ambos reconocidos en la Carta, así como en el artículo 157 del TFUE y el artículo 3 de la Directiva 2006/54/CE. Estos criterios son:

- A) Las medidas deben referirse a un sector en el que las mujeres estén menos representadas
- B) Sólo puede darse prioridad a las candidatas femeninas que tengan la misma cualificación que los candidatos masculinos
- C) No deber darse prioridad automática o condicional a los candidatos que tengan la misma cualificación, sino que deben incluir una cláusula de salvaguardia que establezca la posibilidad de aplicar excepciones en casos justificados, teniendo en cuenta la situación individual, en particular, la situación personal de cada candidato.

La Propuesta de Directiva se fija también unos plazos adecuados para lograr el objetivo pretendido. Así, en su artículo 5 obliga a los EEMM a que establezcan mecanismos de control para asegurar que las empresas obligadas alcancen el cumplimiento antes del 1 de enero del 2020 o, tratándose de empresas públicas, antes del 1 de enero del 2018. Una vez que la norma sea efectiva (dos años después), los EEMM deben exigir a las empresas que, anualmente, faciliten información a la autoridad competente sobre la representación de géneros en sus consejos, publicándola en su página web. En cuanto al seguimiento y control de cumplimiento de la norma, la Propuesta obliga a los EEMM a que prevean las medidas para que el órgano nacional

²⁹ No podemos en estas páginas detenernos en la Jurisprudencia del TJUE, puede verse HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación...*, págs.145-156. Debe advertirse, con la autora, que, no obstante, la línea jurisprudencial del mencionado Tribunal, se le ha criticado por cierta rigidez, toda vez que utiliza términos poco flexibles e, incluso, en algún caso –Kalanke-, sentó unos límites rigurosos de la acción positiva legítima.

EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

competente promueva, analice, apoye y realice un seguimiento del equilibrio de género en los Consejos de Administración de las empresas obligadas.

Ya por lo que se refiere a las sanciones, el artículo 6 de la Propuesta no establece ninguna. Obliga, en cambio, a los EEMM a fijarlas. Éstas deberán ser efectivas, proporcionales y disuasorias y, entre ellas, podrán estipularse multas administrativas, así como la nulidad o anulabilidad, pronunciada por órgano judicial, del nombramiento o elección “irregular”. La utilización del término “podrán” no evita que los legisladores nacionales estimen conveniente establecer otras sanciones conforme a su sistema jurídico (vgr cierre del registro, combinación de multa y nulidad o anulabilidad, cese de las retribuciones de los consejeros). A nuestro ver, la norma comunitaria no contempla e, incluso, podría hacerse valer en contrario para una sanción extrema, como podría ser la disolución del consejo. De ser así, se vulneraría la proporcionalidad de la sanción querida -“deberán ser”, dice la norma comunitaria- por la Propuesta.

En cuanto a la transposición de la norma, a los Derechos nacionales -de conformidad con el artículo 8 de la Propuesta-, los EEMM tiene un plazo de dos años desde la adopción. En ese plazo habrán de dictar las normas, reglamentarias o administrativas (sic) necesarias para dar cumplimiento a la Directiva.

Por fin, el 14 de octubre pasado, la Comisión de los Derechos de la Mujer e Igualdad de Género y la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento europeo, han votado por 40 votos a favor, 9 en contra y 2 abstenciones, un proyecto que propone que, en el 2020, por lo menos un 40% de los miembros de los consejos de administración de las empresas cotizadas en las bolsas de la Unión Europea sea mujeres. Esta votación ha coincidido con la publicación del informe de la Comisión europea sobre la representación de las mujeres en los puestos de decisión.

4. EL DERECHO ESPAÑOL

4.1. Marco constitucional y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En el artículo 14 de la Constitución española (en adelante, CE) no sólo está recogido el principio general de la igualdad ante la ley, sino que contiene también una

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

serie de motivos de prohibición de la discriminación que están cualificados por su motivación y entre los que aparece incluida la discriminación por razón del sexo³⁰.

En la STC 128/1987 de 16 de julio³¹, ya se explica que la inclusión de esta discriminación en el art.14 CE obedece a la “voluntad de terminar con la histórica de situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina” (FJ 5). En esta misma Sentencia se afirma ya la constitucionalidad de medidas correctoras que vengan a paliar tal situación de inferioridad -que incluso pueden venir exigidas desde nuestra definición constitucional como Estado social y democrático de Derecho (art.1.1 CE)- y que conectan con el mandato contenido en el art.9.2 CE y dirigido a los poderes públicos para la promoción de condiciones que hagan que la igualdad sea real y efectiva³². Por ello en esta sentencia se reconoce la constitucionalidad de las medidas de discriminación positiva a favor de la mujer que eliminen la situación objetiva de desventaja que sufran en un determinado sector, situación o actividad: “La actuación de los Poderes Públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de indudable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas” (FJ.7).

Con más claridad y contundencia se expresará la STC 229/1992, de 14 de diciembre, en cuyo F.J.2, se señala el contenido paritario que implica la prohibición de discriminación entre sexos. Éste exige, de una parte, el respeto de las posiciones paritarias, cuando ya existen, y, de otra, legitima la adopción de medidas amparadas en

³⁰ LÓPEZ GUERRA, L. “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978”, en *Mujer y Constitución en España.*, CEPC, Madrid, 2000, pág. 24.

³¹ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., “Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico constitucional español”, en *Mujer y Constitución en España.*, CEPC, Madrid, 2000, pág. 389, destaca la introducción en esta STC del criterio de igualdad sustancial frente a anteriores sentencias (STC 81/82) basadas en el concepto de igualdad formal

³² LOPEZ-GUERRA, L. *Op. Cit.*, pág. 33, destaca la importancia de esta triple conexión entre los arts. 14.1 y 9.2 CE en la constitucionalidad de las medidas de discriminación inversa y acción positiva. En igual sentido, CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del TC”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 84, abril-junio 1994, pág. 281 y 282.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

el art.9.2 CE que conduzcan a dicha paridad real, hablando ya de un “derecho desigual igualatorio”. Por la claridad y contundencia de estas manifestaciones del TC merece la pena reproducirlas: “A diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya ex Constitutione que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre varones y las mujeres también en la materia de empleo.

No obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios, por lo que la interdicción de la discriminación implica también, en conexión, además con el art.9.2 C.E., la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un “derecho desigual igualatorio”, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer (SSTC 128/1987 y 19/1989). Se justifican, así, constitucionalmente medidas a favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, y en la medida en que estos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer” (FJ.2).

Hasta aquí, hay varios elementos destacables de esta jurisprudencia constitucional: De un lado, la recepción en el artículo 14 del rechazo a la histórica situación de inferioridad de la mujer, la llamada desde la Constitución a un trato paritario entre los sexos y la habilitación a los poderes públicos de medidas que reequilibren en beneficio de tal paridad situaciones reales de desigualdad. De otro, la exigencia de que para que estas medidas de reequilibrio sean constitucionalmente

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

legítimas, deben basarse en una situación de inferioridad constatada por la realidad social y que dichas medidas tengan una adecuación de medios y resultados para el fin que persiguen.

Señalado lo anterior y ya en cuanto a la materia objeto de este estudio, la imposición de una cuota que garantice la presencia efectiva de la mujer en el seno de un colectivo o de una actividad ha sido también objeto de examen específico por el TC.

En la STC 12 /2008, de 29 de enero³³, el Tribunal abordó el tema del establecimiento de una cuota mínima del cuarenta por ciento de presencia de cada uno de los sexos en las listas electorales de los partidos políticos y las agrupaciones de electores contenida en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.³⁴

Para el Tribunal, la respuesta a la legitimidad de dicha medida debía ser buscada “tanto en el análisis del mandato de sustantivización de la igualdad formal contenido en el art. 9.2 CE, como en la configuración constitucional de los partidos políticos” (FJ.4).

En relación al primer aspecto, recuerda la doctrina de la STC 216/1991, FJ. 5, en la que se manifiesta que la igualdad, como valor superior del ordenamiento constitucional contenida en el art.1.1 CE, se extiende más allá de la igualdad de carácter formal contenida en el art.14 que prohíbe la generación de desigualdades arbitrarias y comprende también la igualdad sustancial que se deriva del art.9.2 CE. Existe, de este modo, una complementariedad entre la proscripción de acciones discriminatorias y las acciones de favorecimiento de la igualdad material.

Esta perspectiva del art. 1.1 CE tiene relevancia, en cuanto que el TC la considera “un fundamento axiológico para la comprensión del entero orden constitucional” (FJ.4), lo que permite extender este enjuiciamiento de principio más

³³ Un comentario a esta sentencia en REY MARTÍNEZ, F., “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del TC español”, en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, nueva serie XLIII, nº 129, septiembre-diciembre 2010, págs. 1362-1367.

³⁴ Adelantándose a argumentos favorables al sistema de cuotas electorales recogidas luego por el TC, TRUJILLO, M.A., “La paridad política”, en *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid, 2000, págs. 380-382 y BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Op. Cit.*, págs. 394-398. En contra de la introducción de cuotas en el sistema de representación política, ARANDA ÁLVAREZ, E. *Cuota de mujeres y régimen electoral*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 19, Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 2001, en particular, págs., 90 y 94.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

allá del caso concreto de las listas electorales. En el mismo sentido extensivo del concepto de igualdad sustancial a todo el ámbito del ordenamiento constitucional más allá del ámbito electoral, el TC destaca que esta igualdad sustantiva, “no sólo facilita la participación efectiva de todos en los asuntos públicos sino que es un elemento definidor de la noción de ciudadanía”. (FJ.4). Es decir, que **la igualdad sustancial es un predicamento referido al individuo**, en cuanto ciudadano, que habilita a ser aplicada en todo tipo de relación jurídica, económica o social contemplada en el seno de la Constitución.

En su aplicación al ámbito de los partidos políticos, el TC entiende que, derivado de su condición constitucional de instrumentos para la participación política (art.6 CE), es lícito desde una perspectiva constitucional que el legislador se sirva de ellos “para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida en el art.2 CE” (FJ.5). Porque, en definitiva, es constitucional la traslación paritaria de la composición de la sociedad en cuanto a sexos a la composición de la representación política, en la medida en que dicha paridad es el substrato necesario para una representación integradora que es “irrenunciable” con relación a una sociedad así compuesta: “Se pretende, en suma, que la igualdad efectivamente existente en cuanto a la división de la sociedad con arreglo al sexo no se desvirtúe en los órganos de representación política con la presencia abrumadoramente mayoritaria de uno de ellos. Una representación política que se articule desde el presupuesto de la divisoria necesaria de la sociedad en dos sexos es perfectamente constitucional, pues se entiende que ese equilibrio es determinante para la definición del contenido de las normas y actos que hayan de emanar de aquellos órganos. No de su contenido ideológico o político, sino del precontenido o substrato sobre el que ha de elevarse cualquier decisión política: la igualdad radical del hombre y la mujer. Exigir a quien quiera ejercer una función representativa y de imperio sobre sus conciudadanos que concurra a las elecciones en un colectivo de composición equilibrada en razón del sexo es garantizar que, sea cual sea su programa político, compartirá con todos los representantes una representación integradora de ambos sexos que es irrenunciable para el gobierno de una sociedad que así, necesariamente, está compuesta” (FJ.7)

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

También el tema de la cuota aparece estudiado en la STC 13/2009, de 19 de enero, con relación a la Ley del Parlamento Vasco 4/ 2005, de 18 de febrero, para la igualdad de hombres y mujeres³⁵.

En esta ley se establecía, en primer lugar, la obligatoriedad de una representación equilibrada de al menos el cuarenta por ciento de cada sexo en órganos administrativos pluripersonales, tribunales de selección, jurados creados para la concesión de cualquier tipo de premio promovido o subvencionado por la Administración y los órganos afines habilitados para la adquisición de fondos culturales y/o artísticos. El TC entiende que, en tanto que la propia Ley vasca prevé que tal participación parte de la premisa de que los hombres y mujeres que integren los mencionados órganos administrativos deben contar con la capacitación, competencia y preparación adecuada, tal medida es conforme -en aplicación de lo ya sentado en la STC 12/2008- con el mandato constitucional de promoción de la igualdad efectiva contenida en el art.9.2 CE (FFJJ. 3,4 y 5).

En segundo lugar, la Ley vasca establecía que las candidaturas que presenten los partidos políticos y las federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores al Parlamento Vasco o a las Juntas Generales deberán estar integradas por al menos un cincuenta por ciento de mujeres. En este caso, como vemos, no se trata de la imposición de un porcentaje mínimo aplicable a ambos sexos tal como se recoge en la Ley electoral general (art. 44.bis, 1LOREG), sino de la elevación de ese porcentaje hasta el cincuenta por ciento sólo para el caso de las mujeres. En consecuencia, las mujeres tendrían garantizada una presencia mínima del cincuenta por ciento, mientras que los hombres sólo tendrían esta garantía hasta el cuarenta por ciento. Para el TC esta medida encuentra su justificación “en cuanto pretende corregir una situación histórica de discriminación de la mujer en la vida pública, cuya realidad no necesita, por su evidencia, mayor acreditación” (FJ.11). Reitera en apoyo de lo anterior la doctrina ya dictada en las SSTC 128/87 y 229/92, antes comentadas, y relativas a las medidas de discriminación positiva a favor de la mujer. Sí cabe señalar el elemento de coyuntura histórica de desigualdad de la mujer que el TC tiene en cuenta al examinar la proporcionalidad de esta medida, ya que recuerda que la misma “sólo se justifica en la

³⁵ Destaca también los elementos novedosos de esta sentencia, con relación a la STC 12/2008, REY MARTÍNEZ, F., *Op. Cit.*, págs. 1367-1369.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

realidad de las circunstancias sociales del momento que se adopta, de manera que su misma eficacia habrá de redundar en la progresiva desaparición del fundamento constitucional del que ahora disfruta” (FJ.11).

La conclusión final de esta jurisprudencia no puede ser otra que la asunción por parte del TC, en primer lugar, de la constitucionalidad de las medidas de discriminación positiva a favor de la mujer como desarrollo de los artículos 1,1, 9.2 y 14 de la CE, que preconizan el principio de igualdad sustancial. En segundo lugar, el propio Tribunal ha entendido que, cuando estas medidas han asumido la forma de cuotas mínimas de participación -tanto referidas a ambos sexos, como sólo a la mujer-, a través de ellas se procedía a una corrección de una situación histórica de discriminación de la mujer. Finalmente, el TC, ha considerado que el ámbito de la representación política y de la Administración pública son escenarios en los que concurre válidamente la expresión de la igualdad sustancial predicada desde el art.9.2 CE. **No se ha pronunciado, sin embargo, sobre la constitucionalidad de la imposición de cuotas de participación en entidades que no persiguen un fin esencialmente público**, aunque cabe señalar que sí se ha predicado la igualdad sustancial como un elemento del Estado social y de Derecho, que, como tal, representa un fundamento axiológico para el conjunto del ordenamiento constitucional y que no sólo facilita la participación efectiva en los asuntos públicos, sino que es “un elemento definidor de la noción de ciudadanía” (STC 12/2008, FJ.4).

4.2. Informes y Recomendaciones de Gobierno Corporativo

La igualdad entre hombres y mujeres en la empresa, en general, y la participación de éstas en su órganos de dirección, en particular, constituye un objetivo típico de la responsabilidad social de las empresas y otro tanto puede afirmarse respecto del gobierno corporativo³⁶. Se trata, es sabido, del “conjunto de medidas encaminadas a dotar de una estructura de gobierno más eficaz y transparente a las empresas y, en particular, a las sociedades cotizadas en bolsa, sometiendo a sus administradores y directivos a un amplio conjunto de deberes a fin de que su actividad se oriente

³⁶ En España, la Ley de Igualdad enmarcó en la RSC la igualdad de hombres y mujeres, ya que dicha Responsabilidad Social integra aspectos laborales, derechos humanos, acción social y, naturalmente, el Gobierno Corporativo y sus resultados: los informes para dar respuesta a la eficacia, transparencia, agilidad y responsabilidad del gobierno de las sociedades.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

primariamente al servicio de la sociedad que administran o dirigen y de los socios que la componen³⁷.

De este modo, vamos a encontrar en los informes que se emitieron desde 1998 un tratamiento a los órganos de la sociedad y, especialmente, al Consejo de Administración. No obstante, habría que esperar hasta el último de ellos, el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas -el llamado Código Conthe-, de 19 de mayo de 2006, para hallar recomendaciones en materia de diversidad de género.

En efecto, el Informe Olivencia, primero de estos trabajos³⁸, si bien -hijo de la RSC en España- constituyó un referente para el buen gobierno de las sociedades y, desde luego, se adentró profusamente en el tratamiento de los Consejos de Administración, pasó por alto la adecuada diversidad de género en éstos como objetivo de eficiencia de las sociedades; además, claro es, de los planos de ética, política y, naturalmente de la RSC.

El 8 de enero de 2003 ve la luz el Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas: el conocido como Informe Aldama que, al igual que su predecesor, silencia la representación de las mujeres en los Consejos de Administración, a pesar de que avanzó en la RSC frente al tradicional y seguro principio y objetivo de ofrecer valor a los accionistas.³⁹

³⁷ EMBID IRUJO, “Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, (Coord. SALA FRANCO/BALLESTER PASTOR/BAÑO LEÓN/EMBID IRUJO/GOERLICH PESET), La Ley, Madrid, 2008, pág.324. Sobre Gobierno Corporativo, vid la obra de referencia ESTEBAN VELASCO, G., (Coord) *El Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, M. Pons, Madrid, 1999.

³⁸ Documento de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas, de 26 de febrero de 1998

³⁹ De especial interés es el trabajo de VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Gobierno de la empresa societaria y responsabilidad de la misma. En especial el control interno y externo de la información financiera. Relación con las deudas laborales”, en *Lillo Pérez (dir), Aspectos económicos de la jurisdicción social*, Centro de Documentación Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 37.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

No obstante, una de sus aportaciones más importantes al respecto fue el tratamiento del interés social hacia una noción plural que integrara el interés de los socios y los intereses de los *stakeholders*⁴⁰ o de la sociedad civil en general.

Hay que esperar al Informe del Grupo Especial de trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas –Código Conthe-, de 19 de mayo de 2006, para hallar un tratamiento sobre el necesario equilibrio de género en los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas. Así en la Recomendación, nº 15, se dice:

Que cuando sea escaso o nulo el número de consejeras, el Consejo explique los motivos y las iniciativas adoptadas para corregir tal situación; y que, en particular, la Comisión de nombramientos vele para que al proveerse nuevas vacantes:

- a) Los procedimientos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras;*
- b) La compañía busque deliberadamente, e incluya entre los potenciales candidatos, mujeres que reúnan el perfil profesional buscado.*

En sus Principios Básicos, donde informa de las características del Código, se declara la *Voluntariedad, con sujeción al principio de “cumplir o explicar”*. En efecto, señala (...) *la legislación española deja a la libre autonomía de cada sociedad la decisión de seguir o no las recomendaciones de gobierno corporativo, pero les exige que, cuando no lo hagan, revelen los motivos que justifican su proceder, al objeto de que los accionistas, los inversores y los mercados en general puedan juzgarlos”*.

Nos encontramos en el ámbito de la autorregulación y del *soft law*. Se trata, como es sabido,⁴¹ de reglas que intentan establecer estándares de actuación en ámbitos que, por su complicación de intereses, no aceptan bien una regulación estricta. De ahí, que suele recurrirse a esta vía de regulación.⁴²

⁴⁰ Vid. SENENT VIDAL, M^a J., “Participación de las mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles”, en *García Ninet, J.I. (Dir.)/ GARRIDO GIMÉNEZ, A. (Coord), Comentarios a la Ley de Igualdad, CISS*, Bilbao, 2007, pág. 543.

⁴¹ EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, pág. 325.

⁴² Como recuerda HUERTA VIESCA, M.I., *Las mujeres en la nueva regulación*, pág. 216, la naturaleza del Código fue criticada por la doctrina. Se entendió que “el principio de “cumplir o explicar” de carácter anglosajón no es tan sencillo de traer a España, donde si una recomendación no es regla o Ley, no se cumple (...)”

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

No obstante los inconvenientes que supone estándares o reglas de autorregulación, es lo cierto que, ya desde los primeros trabajos del Informe y en su Proyecto, la posición de los expertos fue clara y decidida a que los Consejos de Administración reflejaran la diversidad de conocimientos, experiencia y género para el mejor desempeño de su responsabilidad, resultando el propio mercado el que juzgue y sancione a aquellas sociedades que desoigan un objetivo de eficiencia desaprovechando el “potencial talento empresarial del 51% de la población –las mujeres–”, lo que no puede ser “económicamente rentable”. El Código finalmente recoge la ya mencionada recomendación sobre diversidad de género para *hacer un esfuerzo adicional para que esa presencia llegue a la alta dirección y a los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas*, invitando a las entidades con escasa presencia femenina en sus Consejos a *que realicen un esfuerzo deliberado para buscar posibles candidatas cada vez que deba cubrirse alguna vacante en el Consejo, especialmente para puestos de independientes*.

Tal y como se ha señalado, el Código Conthe fue la primera regulación en nuestro país que adoptó una acción positiva de igualdad para el gobierno de las empresas⁴³, aunque no faltaron tampoco críticas –como la referida a que sólo recogiera una diversidad, la de género, y no otras⁴⁴. En todo caso, no se entiende que no hiciera mención al informe anual sobre gobierno corporativo para facilitar la información al mercado acerca de sus actuaciones para incluir a mujeres en el Consejo de Administración⁴⁵.

En el transcurso y hasta la promulgación en 2007 de la Ley de Igualdad, la polémica ha continuado en esta materia, dado el pobre grado de cumplimiento con explicaciones que, en algunos casos, resultan formales, cuando no están ausentes. En general, las Recomendaciones del Código Conthe han tenido un amplio asentimiento y seguimiento. Sin embargo, los escasos resultados en materia de igualdad vienen reclamando normas imperativas que impulsen decididamente el proceso.

⁴³ HUERTA VIESCA, M.I., *Las mujeres en la nueva regulación*, págs. 220 - 223 y bibliografía allí recogida.

⁴⁴ HUERTA VIESCA, M.I., *Op. Loc.utl.cit*

⁴⁵ De “simplista y de falta de rigor”, entre otros adjetivos similares le dedica a la Recomendación 15 MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Gobierno Corporativo, información económica y Registro Mercantil*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, págs. 127 y 128.

4.3. La Ley de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo. La norma del artículo 75

Como era de esperar, la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, de 22 de marzo de 2007, ha destinado el Título VII a la Responsabilidad social de las empresas y, en su seno, al impulso de la igualdad efectiva de hombres y mujeres. Para nuestro ámbito, es el artículo 75 el que establece la norma que pretende el equilibrio:

Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de Administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a media que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley.

El precepto es el resultado al que finalmente se llegó tras las críticas vertidas por determinadas instituciones y el mercado al Anteproyecto de la Ley. Brevemente, el proyectado artículo 70 establecía que las grandes sociedades procurarían incluir en sus Consejos de Administración un 10% anual de consejeras en un plazo de cuatro años, a medida que fueran venciendo los nombramientos designados antes de la entrada en vigor de la Ley.

El Consejo General del Poder Judicial consideró en su dictamen⁴⁶ - esencialmente- la importancia a la vez que la dificultad de hallar un equilibrio, pues la introducción de criterios de preferencia no pueden obviar los principios de los artículos 23 y 103.3 de la Constitución, lo que, sin embargo, tampoco puede significar la imposible introducción de fórmulas de promoción. Se trata de que lo previsto en el Anteproyecto no puede constituir un criterio único y determinante de la elección⁴⁷.

⁴⁶ 26 de abril de 2006.

⁴⁷ En el mismo sentido el TJCE, en algunos casos como Kalanke y Marshall. Así, admite la promoción de la igualdad de la mujer y, con ello, el establecimiento de acciones positivas pero, en ningún caso, estima que quepan cuotas rígidas, de aplicación automática. Además, habrá de producirse una valoración

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

El Consejo de Estado⁴⁸ se inclinó por la mejor fórmula jurídica que representaban los Códigos de Buen Gobierno. La exigencia de cuotas prefijadas es incompatible –estimó– con los criterios de eficiencia, idoneidad, mérito y capacidad. En este sentido, no puede prevalecer el sexo sobre los mismos pues no sería aceptable sobre el interés general o el de competitividad de las empresas.

Sería, sin embargo, el Informe del Consejo Económico y Social el que ofrecería el criterio finalmente llevado a la Ley de Igualdad. Así, se suprimió el porcentaje mínimo y se aumentó el plazo de cumplimiento a ocho años.⁴⁹ Por fin, la Confederación española de Organizaciones Empresariales mostró su desacuerdo con la norma del art. 70 del Anteproyecto por la inseguridad jurídica de la técnica empleada, que estima contraria a toda medida legal al no tener en cuenta la especificidad de cada empresa, obligando a la introducción forzada de cuotas en función del sexo y prescindiendo del mérito, el talento y el valor añadido del consejero. Además –se añade– con la regulación propuesta se vulneraría el principio de libertad de empresa.

Llegamos así a la norma del art. 75 de la Ley de Igualdad que, a pesar del camino recorrido, suscita importantes problemas de interpretación. Imprecisa en su contenido, con técnicas jurídicas complicadas y diversas, falta de rigor técnico, etc. son las críticas más importantes que han realizado los autores⁵⁰.

En primer lugar, la naturaleza del propio instrumento normativo. En efecto, se presenta como una Ley Orgánica y, sin embargo, sólo tres preceptos la poseen.⁵¹ El art. 75 no está entre ellos. A nuestro entender, no es necesario para la eficacia de la norma que tenga carácter orgánico, con lo que no tiene sentido una vestidura de fuerza que ni siquiera es real.

Dejando a un lado lo anterior y, ya en aspectos mercantiles, la primera cuestión se presenta en cuanto al **ámbito de aplicación** de la norma. Según, el general de la Ley,

objetiva de candidatos. Vid. HUERTA VIESCA, M.I., *Las mujeres en la nueva regulación*, págs. 241 y 242.

⁴⁸ Dictamen del Consejo de Estado 803/2006, de 22 de junio.

⁴⁹ Sobre este informe, puede verse HUERTA VIESCA, M.I., *Las mujeres en la nueva regulación*, págs. 244 y 245, y la bibliografía allí citada.

⁵⁰ Son muchas las opiniones que puede hallar el lector. Entre otras, relevantes, EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, págs. 324 y 325; HUERTA VIESCA, M.I., *Las mujeres en la nueva regulación*, págs. 253 y ss.

⁵¹ Disposiciones adicionales, Primera, Segunda y Tercera.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

se circunscribe a cualquier empresa que tenga domicilio o residencia en nuestro país o que actúe en nuestro territorio. Sin duda, el legislador ha sido tan bienintencionado como fantasioso. Por qué razón una empresa extranjera va a tener que dotar de equilibrio a su consejo de administración en materia de género para poder operar en España, desoyendo el cumplimiento de otros requisitos fundamentales económicos, jurídicos, fiscales, financieros e, incluso, propios del ámbito de la RSC. Más aún, con qué instrumentos pensaba lograrlo nuestro legislador de igualdad.

Tampoco resulta fácil de administrar el **ámbito subjetivo**; esto es, qué sociedades y qué órgano de administración vienen obligados. En cuanto a lo primero, la Ley, así como el art. 75 se refieren a “sociedades mercantiles”. En concreto, las “obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada”. Desde luego, los términos no resultan equivalentes, si bien, no comparto la crítica de algún autor que sanciona la falta de armonía como grave⁵². Desde luego la discordancia no es justificable, salvo porque, torpemente, la Ley hable en general de “sociedades mercantiles” –incluso por simplificación- y en las normas circunscribe el concepto⁵³. El legislador, como se ha señalado, “sale del amplio campo de los operadores económicos delimitado por la noción de empresa” para circunscribir su ámbito subjetivo a las sociedades y, dentro de ellas, a las mercantiles. Derechamente, quedarían fuera las asociaciones, las sociedades civiles, las cooperativas, las fundaciones, sindicatos, patronales...⁵⁴

De este modo, y como dice el art.75, las sociedades destinatarias de la norma son aquéllas obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada; es decir, las mercantiles de capital⁵⁵. Con la circunscripción de la norma obligatoria a

⁵² EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, pág. 327. Si bien, más adelante, rebaja la crítica inicial, hablando de “fórmula lingüística abreviada” y de “filtro de entrada”.

⁵³ A este respecto, obsérvese, como ya se ha señalado, que la Propuesta de Directiva UE emplea el término “empresas”.

⁵⁴ EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, pág. 326, entre otros.

⁵⁵ SA, SRL, Comanditaria por acciones.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

criterios contables⁵⁶, se están excluyendo del régimen a la mediana empresa; acorde con el criterio que ha imperado en toda Europa.

Conforme al Derecho español (art. 258 Ley de Sociedades de Capital –LSC), a sensu contrario, están obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada:

1. Las sociedades que, durante dos ejercicios consecutivos, no reúnan a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de la circunstancias siguientes:
 - a) que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros; b) que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros; c) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta. Las sociedades perderán la facultad de formular la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de estas tres circunstancias.
2. En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades estarán obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada si, durante dos ejercicios consecutivos, no reúnen dos de las circunstancias expresadas en el apartado anterior.

En el mismo ámbito subjetivo, la norma del art. 75 habla de **Consejos de Administración**. Qué debe entenderse con este término. Como sabemos el Consejo de Administración es una de las fórmulas establecidas por LSC para organizar la administración de la sociedad (arts. 136 y ss). La cuestión, es si la Ley de Igualdad se ha referido a aquéllos en sentido estricto o amplio, comprendiendo, en este caso, todos los sistemas de ordenar la administración de las sociedades en nuestro Derecho⁵⁷.

⁵⁶ Téngase en cuenta la adaptación de nuestro Derecho a la Directiva 78/660/CEE, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad. Más tarde, el Reglamento (CE) 1606/2002, relativo a la aplicación de Normas Internacionales de Contabilidad.

⁵⁷ No puede ser objeto de estas páginas un análisis profundo y más completo de las diversas situaciones que pueden producirse. En este caso, nos estamos refiriendo a la persona jurídica administradora. A nuestro ver, habría que procurar dar cumplimiento a la obligación del art. 75 de la Ley de Igualdad y, en este sentido, los requerimientos explicados a lo largo de estas páginas se habrán de referir a las personas físicas que los representan.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

Para algunos, la interpretación extensiva resulta la correcta, toda vez el argumento teleológico; el lenguaje cotidiano, que alude al Consejo de Administración en sentido muy amplio, así como el económico que admitiría también esta metonimia organizativa⁵⁸. Por fin, que se trata de la fórmula colegiada más frecuente entre las sociedades mercantiles a las que, precisamente, obliga la norma; es decir, las que han de presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada.

Tal vez la terminología del art. 75 pueda ayudar en la interpretación. Según éste, lo previsto ha de tenerse en cuenta para los nombramientos a medida que venza el mandato de los consejeros. Se confirma, de este modo, que la Ley contempla un sistema pluripersonal de administración y, además, de consejo, toda vez que utiliza el término “consejeros”, que no “administradores”. A nuestro modo de ver, esta interpretación estricta⁵⁹ parece la correcta a la vista de que la propia Ley de Igualdad, en otras normas, no ha dudado en utilizar la expresión “órganos de dirección” (arts. 30.2 y 50.4) para incluir en el mandato tanto a la estructura representativa (comisiones ejecutivas, órganos de control), como a la técnica (alta dirección, gerencia, consultoría...)⁶⁰

Otra cuestión surge en torno al tema: decidir si el art. 75 contempla la delegación de facultades. Se trataría de los supuestos de consejeros delegados como del nombramiento de una comisión ejecutiva. Desde luego, en ambos casos estamos en presencia de consejeros. Para el supuesto del consejero delegado –figura unipersonal– no es descabellado admitir que la “presencia equilibrada” pueda darse en el órgano de manera sucesiva; si bien parece que la Ley piensa en que el equilibrio se produzca simultáneamente para la mejor formación plural de la voluntad del órgano. En cuanto a la comisión, el caso es más sencillo. Parece plausible extrapolar a su seno la voluntad del legislador manifestada en el art. 75.⁶¹ De ser cierto lo anterior, la norma del art. 75 afecta a los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles señaladas,

⁵⁸ EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, pág. 334. HUERTA VIESCA, M.I., *Las mujeres en la nueva regulación...*, págs. 286 y ss, sobre el estado de la cuestión en la doctrina española.

⁵⁹ En igual sentido, EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles.” pág. 335.

⁶⁰ A favor de la tesis amplia, que incluiría no sólo a los “consejeros”, HUERTA VIESCA, M.I., *Las mujeres en la nueva regulación...*, pág. 287. En ningún caso, señala entraría en el supuesto de unipersonalidad, pues la Ley piensa en todo momento en un órgano pluripersonal, *op. Cit.*, pág. 291. De igual parecer, EMBID IRUJO, J.M., *op. loc. ult. cit.*

⁶¹ En este sentido, EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, pág. 337, que habla de “mini consejo”. También, HUERTA VIESCA, M.I., *Las mujeres en la nueva regulación...*, pág. 295 y FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLARO, I., “El Consejo de Administración: reflexiones corporativas sobre la “cuestión de género”, en *La Ley*, nº 7224, 23 de julio de 2009, pág. 2

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

incluidos los supuestos de delegación de facultades. Se excluirían, por tanto, los nombramientos de la alta dirección.

Siguiendo en el análisis de la norma, el art. 75 -con falta de rigor técnico- se refiere al **contenido** de la conducta que exige a las sociedades afectadas. “Procurarán incluir” un número de mujeres que permita alcanzar una “presencia equilibrada”. A qué obliga la Ley y, en concreto, ante qué tipo de obligación nos hallamos. Concretamente, si se trata de una obligación de medios o es de resultado.

Comencemos por señalar que el verbo empleado “procurar” es, a todas luces, débilmente coactivo, sobre todo si, además, la sanción por “no procurar” no está prevista. Se comprende fácilmente que para un sector de los autores se trate de una simple recomendación, de acogida voluntaria en el marco del *soft law*. De este modo, carece –se afirma- de vinculación jurídica⁶².

No creemos, sin embargo, que sea rigurosamente así. Estamos ante una obligación de medios, cuya satisfacción se cifra en un comportamiento propio de la diligencia debida. Las sociedades deben realizar un determinado comportamiento: procurar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en sus Consejos de Administración. Así las cosas, aunque la Ley no haya impuesto una obligación de resultado -que sí ha regulado en las sociedades y organismos públicos-, no deja de imponer el cumplimiento exigible de una determinada obligación de hacer que, desde luego, es exigible. Abundando en lo anterior, la idea de la obligación se confirma en el nº 2 del art. 75 de la Ley “se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley”.⁶³

⁶² Vid. CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “La presencia equilibrada de hombres y mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles”, en *MERCADER UGINA, J. (Coord) y otros, Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 446.

⁶³ De este parecer, PÉREZ TROYA, A., *Op. Cit.*, pág. 54.

Para FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., “El Consejo de Administración...”, pág. 3, el legislador sí ha establecido una obligación de resultado, pero de “sentido diferente”: no incluir, sí procurar incluir. De esta forma, según el autor, la obligación se cumple cuando el órgano realiza todos los actos que estén a su alcance para obtener la paridad. Con ello, también, la obligación quedaría cumplida. Afirma, así mismo, esta naturaleza de la obligación HUERTA VIESCA, M.I., “Las mujeres en la nueva regulación...”, pág. 330

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

En qué ha de consistir la obligación de “procurar” no es fácil a priori de determinar. Téngase en cuenta que se trata de una sociedad mercantil que forma su voluntad a través de sus órganos con competencias para ello asignadas *ex lege*. En otros términos, ha de tenerse en cuenta que las sociedades no pueden prescindir de los procedimientos legalmente establecidos para designar a sus miembros. No es la sociedad, como persona jurídica, un “bloque monolítico que pueda definir su actuación en un procedimiento único y unitario”⁶⁴. Es precisa la existencia de la mayoría exigida por la Ley en la Junta General para que el nombramiento sea válido. O, en otro caso, el cumplimiento de lo previsto por el legislador para los otros dos sistemas de proceder en el nombramiento de administradores: la cooptación y la representación proporcional. A tal efecto, como con acierto se ha señalado, resultaría oportuno que la norma de equilibrio en los Consejos y su promoción se trasladara a los reglamentos de funcionamiento tanto del Consejo como de la Junta, logrando, de este modo, un compromiso firme para lograr el objetivo de igualdad de género querido por la Ley y ya seleccionado por el Código Unificado.

Algún autor ha diferenciado tres situaciones posibles en torno al cumplimiento de la norma.⁶⁵ En primer lugar, que en el plazo legal, la sociedad logre el equilibrio de género en su Consejo de Administración. En segundo lugar, que la sociedad haya procurado, desarrollando una serie de actuaciones propias de la diligencia debida, pero que, sin embargo, pasado el plazo, su Consejo no tenga una presencia equilibrada de hombres y mujeres. En tercer lugar, que la sociedad no haya procurado dicho equilibrio.

En los dos primeros supuestos, la sociedad habrá dado cumplimiento a su obligación, tal y como está prevista en la Ley; a pesar de que, en el segundo, exista una ausencia de resultado. En el tercero, por el contrario, la sociedad ha incumplido su obligación –de medios- y, además, tampoco se ha cumplido con el resultado querido por el legislador.

La sociedad habrá de dar cuenta en su Memoria de las actuaciones que haya realizado, si fuera el caso, para dar cumplimiento a lo establecido en el art. 75 Ley de Igualdad. Al respecto, el art. 200, 8ª de la LSC –contenido de la Memoria- señala que en

⁶⁴ EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, pág. 342.

⁶⁵ EMBID IRUJI, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, págs. 345 y 346.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

ésta habrá de constar “la distribución por sexos al término del ejercicio del personal de la sociedad, desglosado en un número suficiente de categorías y niveles, entre los que figurarán el de altos directivos y el de los consejeros” Como se recordará, el Código Unificado preveía ya el reflejo documental de las actuaciones de las sociedades en materia de diversidad de género en los Consejos de Administración. Por su parte, la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, por la que se determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorro y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores, establece en el Capítulo II –*Informe anual del gobierno corporativo de sociedades anónimas cotizadas, cajas de ahorro y otras entidades*-, art. 5, el contenido mínimo de dicho informe, y en su nº 3, f) dice “El informe anual de gobierno corporativo deberá incluir información relativa al número de consejeras que integran el consejo de administración y sus comisiones, así como el carácter de tales consejeras; todo ello con indicación de la evolución de esta composición en los últimos cuatro años.

Igualmente, se incluirá información sobre las medidas que, en su caso, se hubiesen adoptado para procurar incluir en su consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres, así como las medidas que, en su caso, hubiese convenido la comisión de nombramientos para que al proveerse nuevas vacantes:

1º Los procedimientos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras.

2º La compañía busque deliberadamente e incluya entre los potenciales candidatos, mujeres que reúnan el perfil profesional buscado.

Cuando a pesar de estas medidas que, en su caso, se hayan adoptado, sea escaso o nulo el número de consejeras, el consejo deberá explicar los motivos que lo justifiquen.”

Cuáles son las **consecuencias del incumplimiento** Con la mejor doctrina cabe afirmar que no es sencillo decidir el *quid iuris* de la conducta de una sociedad que no dé

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

cumplimiento a la obligación fijada en la Ley⁶⁶. Sobre todo si tenemos en cuenta que la propia Ley de Igualdad no establece ninguna sanción⁶⁷, remitiéndose, quizá, implícitamente al Derecho de Sociedades.

El reproche –podría pensarse- habría de ir dirigido a la sociedad (*rectius* a sus órganos) como sujeto obligado por la norma. Sin embargo, no parece que fuera posible la impugnación de un acuerdo de la Junta General de no designación de la mujer como candidata. La norma del art. 75 no establece ninguna restricción a la libertad de voto, siendo libre su ejercicio. Distinto es que la candidata no designada pudiera impugnar por causa de nulidad radical el acuerdo, de conformidad con lo previsto en el art. 14 de la Constitución y en el 75 de la Ley de Igualdad.⁶⁸ Sin embargo, para algún autor, esta solución no es defendible salvo desde una lectura superficial de la Ley; debiendo “rechazarse de inmediato” pues la obligación del art. 75 es de medios “cuyo cumplimiento no se dirige, por tanto, a producir un resultado concreto, sino a exteriorizar una determinada diligencia en el “procurar” la presencia equilibrada de mujeres y hombres dentro del Consejo de Administración de la sociedad”⁶⁹.

Si nos detenemos en la responsabilidad directa de la sociedad, hallamos un primer problema en la legitimación activa. Con razón, se duda de que la mujer no nombrada ostente la misma, seguramente por el carácter de la obligación prevista en el art. 75 de la Ley⁷⁰. En cuanto a los organismos públicos para la promoción de la igualdad, como la Comisión interministerial de igualdad entre hombres y mujeres o el Consejo de Participación de la mujer, no parece posible defender su legitimación si tenemos en cuenta su propio régimen, que le otorga competencias para la supervisión

⁶⁶ EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, págs. 348 y ss.

⁶⁷ Esta decisión no deja de estar exenta de lógica, pues las normas de la citada Ley se enmarcan dentro de la RSC que se muestran un grado de compromiso voluntario.

⁶⁸ HUERTA VIESCA, M.I., “Las mujeres en la nueva regulación...”, pág. 340. Para quien, para que se desencadene la responsabilidad de la sociedad “no es necesario que concurra un elemento intencional o un ánimo discriminatorio en el nombramiento. Es suficiente la aptitud objetiva para victimizar al sujeto pasivo”, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional. Para FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLARO, I., “El Consejo de Administración...”, pág. 4, el respeto a la paridad de sexos “podría encontrar apoyo en la prevalencia de la discriminación positiva ex artículo 14 de la Constitución (...), frente a la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución española”.

⁶⁹ Es el parecer de EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, pág. 351, para quien un acuerdo denegatorio del nombramiento de una mujer “no puede entenderse *per se* como contrario al art. 75 de la Ley de Igualdad, pues la consecución de la presencia equilibrada ha de apreciarse, en su caso, una vez transcurrido el plazo de ocho años establecido en dicha norma”

⁷⁰ Estamos de acuerdo con EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, pág.351.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

del cumplimiento del principio de igualdad de trato, realizando las consabidas actuaciones de seguimiento y coordinación de las actuaciones de la Administración General del Estado, el seguimiento del Plan Estratégico, la coordinación y supervisión del Informe periódico del Gobierno...etc., de acuerdo, así mismo, con la propia Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que en su art. 20 se ocupa de los organismos de fomento de la igualdad y sus funciones. A decir verdad, compartimos hoy el pensamiento de quienes consideran que “no parece posible contemplar una legitimación social para el ejercicio de acciones como sucede (...) de manera expresa en otras leyes, como la de Competencia Desleal y la General de Publicidad.

La responsabilidad de los administradores es la tercera posibilidad de la tríada. Sin embargo, como es sabido, los nombramientos de los consejeros no dependen de los miembros del Consejo, salvo en los casos de cooptación. A nuestro modo de ver, cabría exigir responsabilidad desde el incumplimiento de los deberes de fidelidad y diligencia inherentes al cargo (arts. 127bis y 127 LSC, respectivamente), si se hubiera cooptado sin respetar la paridad de sexos y, por tanto, el equilibrio en el Consejo. En estos supuestos, podría pensarse en el ejercicio tanto de la acción social (art. 238 LSC) como la individual de responsabilidad (art.241 LSC)⁷¹. Sin embargo, es difícil que conforme a la normativa vigente la candidata no nombrada pudiera recurrir civilmente contra la sociedad, impugnar el acuerdo del consejo y, si fuera el caso, el de ratificación por parte de la Junta.

A la vista de lo anterior se postula por no pocos autores una solución no indemnizatoria. Así las cosas, y a la vista de la complejidad para decidir acerca de las consecuencias jurídicas del incumplimiento según la legislación vigente, parece que la sanción vendría del propio mercado y, si fuera, el caso, del reproche social gracias al reflejo documental y consiguiente publicidad que ha de tener las actuaciones de las sociedades. Si tenemos en cuenta el Derecho de la UE y los pasos decididos hacia el equilibrio dado por otros ordenamientos próximos al español, la futura trasposición de

⁷¹Es la tesis de EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles...”, pág. 350 y HUERTA VIESCA, M.I., *Las mujeres en los nueva regulación...*, pág. 337, entre otros.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

la aún hoy Propuesta de Directiva COM(2012) 614 Final, debería introducir modificaciones de gran trascendencia en nuestra legislación.

4.4. La trasposición de la Propuesta de Directiva al Derecho español: algunas reflexiones

Teniendo en cuenta lo expuesto en las páginas anteriores, es esperable que el legislador español decida “cumplir” las expectativas europeas, tanto por lo que se refiere al Derecho de la UE, como al resto de los ordenamientos.

Además, seguramente, la respuesta de la ciudadanía - cada vez más decidida en esta cuestión a favor de la igualdad de la mujer en todos los ámbitos y manifestada por las asociaciones y organismos que trabajan en ello- no consideramos que pueda ser no tenida en cuenta por los responsables públicos.

La cuota es una exigencia innegable por parte del Consejo y del Parlamento de la UE y España habrá decidir en qué medida está preparado su mercado interior para introducir ésta en la composición de los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas. La norma comunitaria compensa esta exigencia con un régimen bastante flexible que, seguramente, habrá de hallar acomodo en los ordenamientos nacionales. Así, como ya se ha dicho, sólo afecta a un número limitado de sociedades, aunque sean de gran importancia; a los consejeros independientes y las sanciones por incumplimiento se dejan a la decisión de los EEMM y sus respectivos Derechos de Sociedades. En todo caso, las previstas a modo indicativo son tan razonables como multas administrativas y la nulidad o anulabilidad judicial del acuerdo de nombramiento.

A nuestro de ver, aunque España puede alinearse en las hoy todavía menos decididas *pro cuota* del Reino Unido y de Alemania, seguramente habrá de tener en cuenta la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia y salir de la reserva del “cumplir o explicar”. Apostar, así, decididamente por establecer un régimen jurídico que impulse de modo eficaz la presencia de mujeres en los Consejos de Administración y, con ello, un equilibrio en la diversidad de género. En este sentido, a

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

pesar de los informes negativos del Consejo de Estado y del Consejo del Poder Judicial en su momento, el establecimiento de la cuota no atenta contra el principio de libertad de empresa, como ha señalado el Tribunal Constitucional en materia de medidas de acción positiva, con los límites, claro ésta, también señalados por éste. Más aún cuando en los próximos años nuestro país contará con candidatas preparadas para asumir puestos de alta responsabilidad y competencia en la empresa.

No obstante, téngase en cuenta el texto del **Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas** de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo⁷². En el apartado 4.3 relativo al Consejo de administración: composición, competencias y funcionamiento y, dentro de éste, el 4.3.3 se examina la “diversidad en la composición del Consejo de Administración”. Al respecto, la Comisión considera de importancia la diversidad en la composición del Consejo recomendando la introducción de una norma “programática” que reconozca la relevancia de una composición diversa en género, experiencias y conocimientos”.⁷³

Para ello, señala la conveniencia de analizar la inclusión de recomendaciones más concretas en la reforma prevista del Código Unificado. Se propone así la inclusión de un nuevo artículo (529bis) en la LSC sobre el Reglamento del Consejo de Administración.

“Norma programática” y “recomendaciones”, son sin embargo las expresiones gramaticales que los expertos han utilizado en su trabajo. No deja de resultar muy significativa la cautela –cuando menos- con que se trata esta cuestión por el grupo de los mencionados expertos y como es entendida, posiblemente, por una buena parte de los mercantilistas de nuestro país.

BIBLIOGRAFIA

ARANDA ÁLVAREZ, E. Cuota de mujeres y régimen electoral, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 19, Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 2001.

⁷² Creada por acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013.

⁷³ Vid., en particular, la pág. 43 del documento.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

AA.VV. *Responsabilidad social de las organizaciones*, Dir SÁNCHEZ-URÁN AZANA, Y., Madrid, 2013. FUENTES NAHARRO, M/FERNÁNDEZ TORRES, I/AMESTI MENDIZÁBAL, CH., “Responsabilidad social corporativa y Derecho de Sociedades”, págs. 309-363.

BALAGUER CALLEJÓN, M.L, “Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico constitucional español”, en *Mujer y Constitución en España.*, CEPC, Madrid, 2000.

CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “La presencia equilibrada de hombres y mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles”, en MERCADER UGINA, J. (Coord) y otros, *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del TC”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 84, abril-junio 1994

CASTRO SANZ, M., “Las empresas de economía española y la responsabilidad social corporativa”, en *Papeles de Economía Española*, nº 108, 2006

COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO, “Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas”.

COMISION EUROPEA, Libro Verde “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas.” En *Comunicación de la Comisión COM (2002) 347 Final*.

EMBID IRUJO, J.M., “Igualdad de género y poder de decisión en la empresa. La participación de las mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 0, octubre, 2008.

EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en SALA FRANCO/BALLESTER PASTOR, BAÑO LEÓN/EMBID IRUJO/GOERLICH PESET (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Madrid, 2008.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

ESTEBAN VELASCO, G., “Reorganización de la composición del consejo: clases de consejeros, en particular los consejeros independientes (Recomendaciones 7 y 9 y 15)” en RDS, 2006-2, nº 27.

FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLARO, I., “El Consejo de Administración: reflexiones corporativas sobre la “cuestión de género”, en La Ley, nº 7224, 23 de julio de 2009.

GARCÍA GÓMEZ, A. “Legislación italiana sobre acciones positivas en favor de las mujeres en el sector de la participación política”, en Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época., vol. 9, 2008.

HUERTA VIESCA, M^a I., Las mujeres en la nueva regulación de los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles españolas (artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), Pamplona, 2009.

HUERTA VIESCA, M.I., “La nueva regulación francesa sobre paridad en los consejos de administración de las grandes sociedades”, en RDS, julio-diciembre 2011.

INFORME, La mujer directiva en España. Women as leders, publicado por PwC , 2013.

LÓPEZ GUERRA, L. “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978”, en Mujer y Constitución en España., CEPC, Madrid, 2000.

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., Gobierno Corporativo, información económica y Registro Mercantil, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

PÉREZ TROYA, A., “La incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Mercantil”, en RDM, nº 288, abril-junio 2013, págs. 27-87

REDENIUS-HOEVERMANN, J/WEBER-REY, D., “La représentation des femmes dans les conseils d’administration et de surveillance en France et en Allemagne”, en Revue des sociétés, 2011.

**EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS
SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

REY MARTÍNEZ, F., “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del TC español”, en Boletín mexicano de Derecho comparado, nueva serie XLIII, nº 129, septiembre-diciembre 2010,

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., “Mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles: una aproximación al Derecho francés”, en Lección inaugural del curso académico 2011-2012, Universidad de Valladolid.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Consejeros independientes: sobre su retribución y otros aspectos importantes, tanto o más” en <http://jsanchezcalero.blogspot.com/2010/02/consejeros-independientes-sobre-su.html>.

SENET VIDAL, M^a J., “Participación de las mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles”, en García Ninet, J.I. (Dir.)/ GARRIDO GIMÉNEZ, A. (Coord), Comentarios a la Ley de Igualdad, CISS, Bilbao, 2007.

TORTOSA COSME. E., “Responsabilidad social de la empresa: un nuevo modelo de empresa”, en Papeles de la Economía Española, nº 108, 2006.

TRUJILLO, M.A., “La paridad política”, en Mujer y Constitución en España, CEPC, Madrid, 2000

VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Gobierno de la empresa societaria y responsabilidad de la misma. En especial el control interno y externo de la información financiera. Relación con las deudas laborales”, en Lillo Pérez (dir), Aspectos económicos de la jurisdicción social, Centro de Documentación Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005