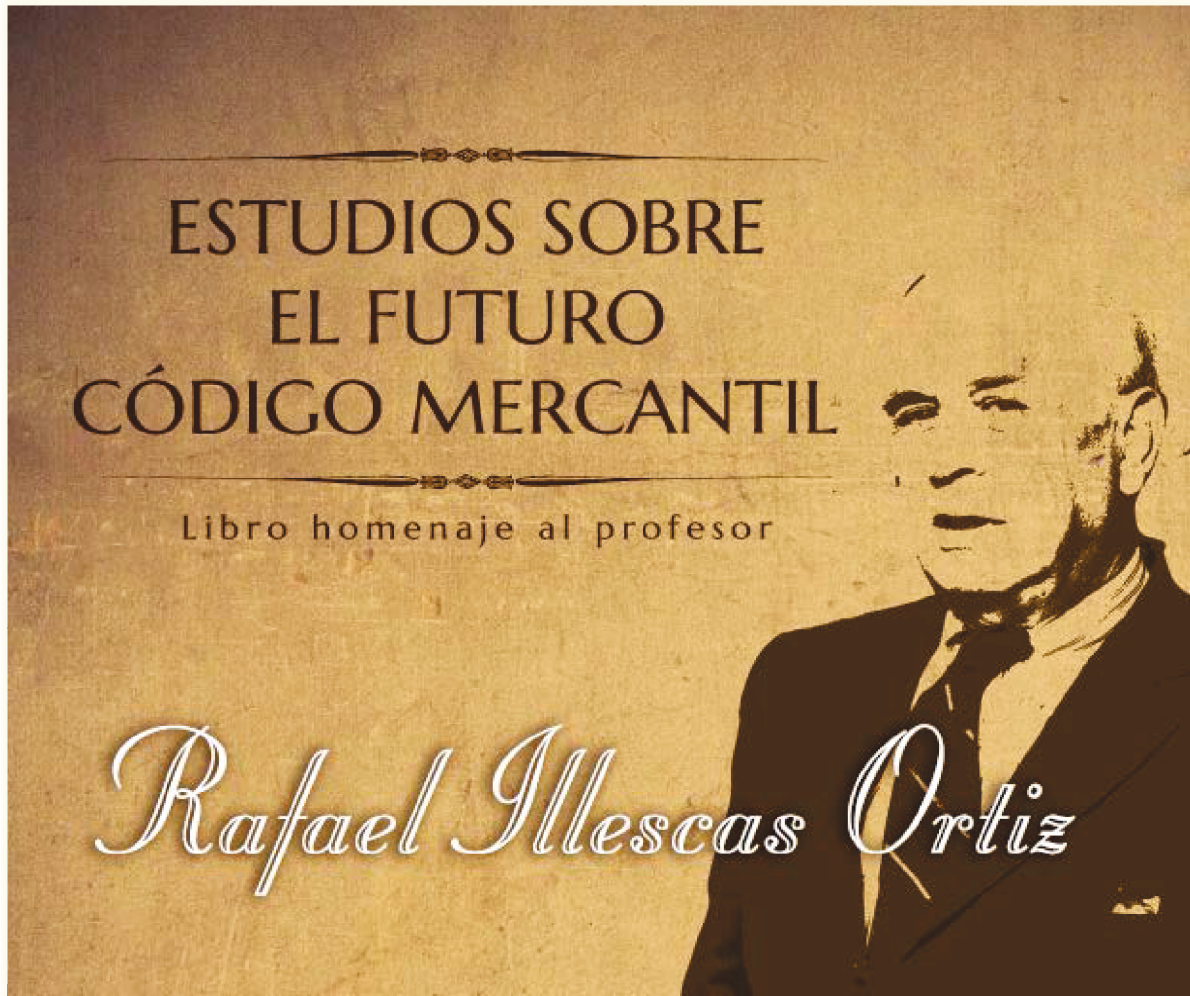




Universidad
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**
Repositorio Institucional



Escribano Gámir, M^a Cristina. 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: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 649-665. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21042>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

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 *

Resumen

En España, hoy día, la cifra de participación de las mujeres en los puestos de dirección de las empresas 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. 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.

Contenido

1. Introducción. – 2. 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. – 3. El Derecho español. – 3.1 Marco constitucional y jurisprudencia del TC. – 3.2 Informes y recomendaciones de Gobierno Corporativo. – 3.3 La Ley de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo. La norma del artículo 75. – 3.4 La trasposición de la Propuesta de Directiva al Derecho español: reflexiones.

1. 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 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

* Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Castilla-La Mancha.

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.

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. 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.

2. 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 los Consejos de Administración de las empresas. La UE ha dictado varias Directivas y Recomendaciones. 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 UE².

¹ Fuente El País, Negocios, 12-5-2013, p. 3. Vid., asimismo, entre otros el informe ISOTÈS, *La mujer directiva en España = Women as leaders*, PricewaterhouseCoopers, 2012, p. 14 y ss. Donde se subraya que tan sólo un 31% cuenta con alguna mujer en sus Consejos de Administración, a pesar de la Ley de Igualdad de 2007.

² Como señala HUERTA VIESCA, M. 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)*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 108, el reconocimiento del principio de igualdad se produjo antes en la UE que el de la tutela de los derechos humanos. *La estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades*, publicada

El Tratado de Maastricht y el de Amsterdam avanzan en esta línea imparable, como es el caso del art. 12. Este último 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 Mujer³.

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. Sin embargo, en octubre, Bruselas paraliza la imposición del 40% de mujeres en los Consejos. La razón fue una división interna en la Comisión.

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.

La Propuesta en la que, seguidamente, nos detendremos se propone alcanzar el objetivo del 40% en 2020.⁴ Por su parte, las empresas públicas contarán con un plazo menor: hasta el 2018.

El objeto de la Propuesta de Directiva⁵ es aumentar substancialmente el número de mujeres en los Consejos de Administración de toda la UE. 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.

La **base jurídica** de la Propuesta es el art. 157, apartado 3, del TFUE. Contribuye al respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En cuanto a esta última, la actuación de la UE se estima adecuada al fin, correcta en la valoración coste y beneficio y, finalmente, justificada.

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, (considerando 38) “la Directiva no se excede de lo necesario (...)”.

Ya en cuanto al **régimen**, en el art. 1 de la Propuesta de Directiva se fija el sujeto destinatario de la acción: 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.

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 periodo 2006-2010*, dan cuenta del interés de las Instituciones europeas en la materia.

³ COM (2010) 78 final.

⁴ El cálculo de empresas afectadas en la UE se estima en unas 5000

⁵ Las principales características de la Propuesta pueden verse, asimismo, en PÉREZ TROYA, A. , "La incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Mercantil", *RDM*, nº 288, abril-junio 2013, pp. 62-67.

La Directiva se adapta así perfectamente a la estructura de los Consejos de Administración tanto de sistema dualista, monista como mixto. Y, en cuanto a los administradores, la definición abarca a todos los no ejecutivos; con la finalidad de minimizar las injerencias en la gestión diaria de las empresas.

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 mínimos⁶ y, por ello, los EEMM podrán ampliar la obligación a otros o a todos los diferentes tipos de consejeros⁷. Sin embargo, son los ejecutivos donde se encuentra el núcleo del poder y decisión y es quizá aquí donde hubiera sido significativa la representación paritaria⁸.

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.

La cuota establecida es del 40% para el género menos representado o la cifra más próxima a este porcentaje, pero sin exceder del 49%.

En consonancia con lo señalado por el TJUE⁹, 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/CE¹⁰.

La Propuesta se fija también unos plazos adecuados (art,5) : antes del 1 de enero del 2020 o, tratándose de empresas públicas, antes del 1 de enero del 2018.

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

⁶ 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 (...)”.

⁷ 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”.

⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Consejeros independientes: sobre su retribución y otros aspectos importantes, tanto o más”, en EL BLOG DE JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, <http://jsanchezcalero.blogspot.com.es/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)”, *RdS*, nº 27, 2006-2, pp. 107 y 108.

⁹ No podemos en estas páginas detenernos en la Jurisprudencia del TJUE, puede verse HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación...*, *op. cit.*, pp.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.

¹⁰ 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.

como la nulidad o anulabilidad, pronunciada por órgano judicial, del nombramiento o elección “irregular”. Para la transposición de la norma los Derechos nacionales tienen un plazo de dos años desde la adopción.

Por fin, el 14 de octubre de 2013, la Comisión de los Derechos de la Mujer y la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento europeo, han votado por 40 votos a favor, 9 en contra y 2 abstenciones, el Proyecto.

3. EL DERECHO ESPAÑOL

3.1. 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 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 sexo¹¹.

En la STC 128/1987 de 16 de julio¹², 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 efectiva¹³. 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 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

¹¹ LÓPEZ GUERRA, L. “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978”, en *Mujer y Constitución en España.*, CEPC, Madrid, 2000, p. 24.

¹² 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, p. 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

¹³ LOPEZ-GUERRA, L., “Igualdad, no discriminación ...”, *op. cit.*, p. 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, pp. 281 y 282.

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 (...)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 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 enero¹⁴, 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.¹⁵

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.

¹⁴ 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, pp. 1362-1367.

¹⁵ 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, pp. 380-382 y BALAGUER CALLEJÓN, M. L., “Desigualdad compensatoria...”, *op. cit.*, pp. 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, pp. 90 y 94.

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 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.

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 mujeres¹⁶. 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 deberán estar integradas por al menos un cincuenta por ciento de mujeres. 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).

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

¹⁶ Destaca también los elementos novedosos de esta sentencia, con relación a la STC 12/2008, REY MARTÍNEZ, F., “Igualdad entre mujeres...”, *op. cit.*, pp. 1367-1369.

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).

3.2 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 corporativo¹⁷. Habrá que esperar hasta 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. No es posible hacer referencia en estas páginas a los Informes Olivencia y Aldama, que pasaron por alto la adecuada diversidad de género.

En el mencionado Código Conthe, sí hallamos 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”*. Nos encontramos en el ámbito de la autorregulación y del *soft law*. Se trata, como es sabido,¹⁸ 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.¹⁹

¹⁷ 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.

¹⁸ EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, SALA FRANCO-BALLESTER PASTOR- BAÑO LEÓN- EMBID IRUJO-GOERLICH PESET (Coords.), La Ley, Madrid, 2008, p. 325.

¹⁹ Como recuerda HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación*, op. cit., p. 216, la naturaleza del Código fue criticada por la doctrina. Se entendió que “el principio de “cumplir o explicar”

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*.

Sin embargo, los escasos resultados en materia de igualdad vienen reclamando normas imperativas que impulsen decididamente el proceso.

3.3 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 dictamen²⁰ - 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 elección²¹.

de carácter anglosajón no es tan sencillo de traer a España, donde si una recomendación no es regla o Ley, no se cumple (...)"

²⁰ 26 de abril de 2006.

²¹ En el mismo sentido el TJUE, 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 objetiva de candidatos. Vid. HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación*, op. cit., pp. 241 y 242.

El Consejo de Estado²² 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.²³ 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 autores²⁴.

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.²⁵ 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, 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

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

²³ Sobre este informe, puede verse HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación*, *op. cit.*, pp. 244 y 245, y la bibliografía allí citada.

²⁴ Son muchas las opiniones que puede hallar el lector. Entre otras, relevantes, EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, pp. 324 y 325; HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación*, *op. cit.*, p. 253 y ss.

²⁵ Disposiciones adicionales, Primera, Segunda y Tercera.

sanciona la falta de armonía como grave²⁶. 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 circunscriba el concepto²⁷. 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...²⁸

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 capital²⁹. Con la circunscripción de la norma obligatoria a criterios contables³⁰, 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

²⁶ EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 327. Si bien, más adelante, rebaja la crítica inicial, hablando de “fórmula lingüística abreviada” y de “filtro de entrada”.

²⁷ A este respecto, obsérvese, como ya se ha señalado, que la Propuesta de Directiva UE emplea el término “empresas”.

²⁸ EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 326, entre otros.

²⁹ SA, SRL, Comanditaria por acciones.

³⁰ 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.

referido a aquéllos en sentido estricto o amplio, comprendiendo, en este caso, todos los sistemas de ordenar la administración de las sociedades en nuestro Derecho³¹.

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 organizativa³². 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 estricta³³ 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...)³⁴

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. 75.³⁵ De ser cierto lo anterior, la norma del art. 75 afecta a los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles señaladas, 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

³¹ 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.

³² EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 334. HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación...*, *op. cit.*, p. 286 y ss., sobre el estado de la cuestión en la doctrina española.

³³ En igual sentido, EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 335.

³⁴ A favor de la tesis amplia, que incluiría no sólo a los “consejeros”, HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación...*, *op. cit.*, p. 287. En ningún caso, señala entraría en el supuesto de unipersonalidad, pues la Ley piensa en todo momento en un órgano pluripersonal, *op. cit.*, p. 291. De igual parecer, EMBID IRUJO, *ult.op.loc.cit.*

³⁵ En este sentido, EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 337, que habla de “mini consejo”. También, HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación...*, *op. cit.*, p. 295 y FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLARO, I., “El Consejo de Administración: reflexiones corporativas sobre la “cuestión de género”, *La Ley*, nº 7224, 23 de julio de 2009, p. 2

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 jurídica³⁶.

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”.³⁷

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”³⁸. 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.

³⁶ Vid. CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., “La presencia equilibrada de hombres y mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles”, en VV.AA., *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, MERCADER UGINA, J. (Coord) y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 446.

³⁷ De este parecer, PÉREZ TROYA, A., “La incorporación de...”, *op. cit.*, p. 54.

Para FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., “El Consejo de Administración...”, *op. cit.*, p. 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...”, *op. cit.*, p. 330

³⁸ EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 342.

Algún autor ha diferenciado tres situaciones posibles en torno al cumplimiento de la norma.³⁹ 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 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 n° 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.”

³⁹ EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, pp. 345 y 346.

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 cumplimiento a la obligación fijada en la Ley⁴⁰. Sobre todo si tenemos en cuenta que la propia Ley de Igualdad no establece ninguna sanción⁴¹, 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.⁴² 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”⁴³.

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 Ley⁴⁴. 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 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

⁴⁰ EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 348 y ss.

⁴¹ 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.

⁴² HUERTA VIESCA, M. I., “Las mujeres en la nueva regulación...”, *op. cit.*, p 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 CÓRDOVA CLARO, I., “El Consejo de Administración...”, *op. cit.*, p. 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”.

⁴³ Es el parecer de EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 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”

⁴⁴ Estamos de acuerdo con EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 351

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)⁴⁵. 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 la aún hoy Propuesta de Directiva COM(2012) 614 Final, debería introducir modificaciones de gran trascendencia en nuestra legislación.

3.4 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

⁴⁵Es la tesis de EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 350 y HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en los nueva regulación...*, *op. cit.*, p. 337, entre otros.

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 modo 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 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 Corporativo⁴⁶. 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”.⁴⁷

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.

⁴⁶ Creada por acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013.

⁴⁷ Vid., en particular, la p. 43 del documento.