

Gobierno Corporativo

La directiva de equilibrio de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas

La aprobación de la directiva obliga a los Estados miembros a introducir cuotas de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas: con carácter general, un 40 % de consejeras no ejecutivas, o bien el 33 % de consejeras sobre el total de los miembros del consejo.

REYES PALÁ LAGUNA

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

El pasado 22 de noviembre, el Parlamento Europeo aprobó la propuesta de una directiva destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y medidas relacionadas. El texto está pendiente de publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Con ello se pone fin a un proceso legislativo de más de diez años [2012/0299(COD)] para conseguir una representación más equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas en los mercados de valores de la Unión Europea. Los Estados miembros contarán con un plazo de transposición de dos años desde

la entrada en vigor de la norma (a los veinte días de su publicación en el diario oficial).

El objetivo de la directiva es que las sociedades cotizadas en mercados regulados cumplan, a más tardar el 30 de junio del 2026, con alguno de estos dos umbrales: bien un 40 % de consejeras no ejecutivas, bien una representación de mujeres de al menos el 33 % del total de los miembros del órgano de administración. Adelantamos que las cotizadas en las bolsas españolas cumplen con el primer umbral, pero no con el segundo: con datos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en el año 2021 el porcentaje de mujeres en los consejos de administración de las cotizadas alcanzó el 29,26 % (el 34,20 % en las

del IBEX35), pese a la recomendación 15 del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas de la citada Comisión Nacional de contar con un 40 % de consejeras antes de que termine el 2022 y en adelante, no siendo con anterioridad inferior al 30 %. Las consejeras independientes, sin embargo, representaron en este mismo año el 43,68 % de los puestos del consejo. Al tratarse de una directiva de mínimos (art. 9), los Estados miembros podrán recoger en su derecho interno medidas más favorables al equilibrio de género en los consejos de las cotizadas.

En este análisis nos referimos directamente a las consejeras, sin acudir a la expresión utilizada en la directiva de «género menos representado» (*underrepresented sex*), por ser el femenino el que en la Unión cuenta con menos puestos de consejero en el órgano de administración de las cotizadas. El Instituto Europeo para la Igualdad de Género indica en un informe de abril del 2022 que en dieciocho países de la Unión Europea el porcentaje de consejeras no alcanzaba el 33 % en las grandes sociedades cotizadas. El porcentaje más elevado (43 %) se sitúa en Francia, país en el que existe una *ley de cuotas* desde el 27 de enero del 2011.

2. El contenido de la directiva y sus consecuencias en el Derecho español

2.1. Consideraciones generales

Conforme al artículo 1, el objetivo de la norma es conseguir una representación más equilibrada entre mujeres y hombres en el órgano de administración de las cotizadas, concediendo a estas sociedades tiempo suficiente —hasta el 30 de junio del 2026— para el establecimiento de sistemas que les permitan alcanzar dicho equilibrio de género.

El legislador español deberá transponer el contenido de la directiva en un plazo máximo de dos años desde su entrada en vigor al no existir en España, al margen de las recomendaciones contenidas en el Código de Gobierno Corporativo del 2020, norma de rango legal que imponga a la cotizada el deber de contar con un determinado porcentaje de mujeres en su consejo de administración.

Ahora bien, el artículo 12 de la directiva permite a los Estados miembros suspender la aplicación del artículo 6 de la directiva, que regula determinados aspectos del proceso de selección de consejeros y el derecho de información del que goza la candidata que no ha sido seleccionada. También permite suspender la aplicación del artículo 5.2, esto es, la obligación para la cotizada de establecer un determinado porcentaje de mujeres sobre el total de los consejeros que deberá alcanzar cuando no se fije el umbral del 33 % de los puestos del consejo (exigencia alternativa esta del 33 % —recordemos— a la del 40 % de consejeras no ejecutivas) si en su derecho interno se establece que los miembros del sexo menos representado en el consejo sean al menos el 30 % de los consejeros no ejecutivos o el 25 % del total de los consejeros. Para la aplicación de la suspensión, el derecho interno ha de recoger además medidas coercitivas aplicables a la cotizada cuando no se alcancen estos umbrales del 30 % o del 25 %, respectivamente, y prever, para las cotizadas no domiciliadas en ese Estado miembro, el establecimiento de objetivos de cuota para todos los puestos del consejo. A estos presupuestos para la suspensión de la aplicación de los citados artículos se suma la circunstancia de que en ese Estado miembro, las consejeras

de las cotizadas han de representar al menos el 30 % de los consejeros no ejecutivos o el 25 % del total de los puestos del consejo. Si los presupuestos referidos dejan de concurrir, decae la suspensión de la aplicación de los artículos 6 y 5.2, que serán exigibles a más tardar seis meses después del incumplimiento de los referidos umbrales.

2.2. *El ámbito subjetivo: las sociedades cotizadas*

La directiva (art. 2) es aplicable a las sociedades cotizadas europeas, esto es, a aquellas que tengan su domicilio social en un Estado miembro cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado de los previstos en la MiFID II (Directiva relativa a los mercados de instrumentos financieros). No rige por tanto para las sociedades cotizadas en sistemas multilaterales de negociación, como es en España BME Growth. Expresamente se declara que la directiva no es de aplicación a las pymes ni, obviamente, a las microempresas.

En el seguimiento de la correcta aplicación de la directiva que el artículo 13.3 atribuye a la Comisión Europea, la institución deberá valorar en el informe que habrá de emitir a más tardar el 31 de diciembre del 2030 y, con posterioridad a esa fecha, cada dos años, además de si se han alcanzado los objetivos en ella previstos, la conveniencia de extender su ámbito de aplicación a sociedades no cotizadas en mercado regulado que no tengan la consideración de pymes (véase la Recomendación de la Comisión Europea de 6 de mayo del 2023 sobre la definición de microempresas y pymes).

El nuevo régimen de cuotas es de aplicación al órgano de administración de todas las cotizadas, cuenten con un sistema monista (consejo de administración) o dual (consejo de dirección y consejo de supervisión o control). La directiva considera al Estado miembro del domicilio social de la cotizada como el estado competente para regular las materias a las que se refiere la directiva, siendo la ley aplicable la de este Estado miembro (art. 4).

Al establecerse distintos umbrales alternativos para alcanzar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en el consejo —más elevado en el caso de los consejeros ejecutivos—, la norma define qué se entiende por *consejero ejecutivo*: el miembro del consejo en el sistema monista que intervenga la gestión diaria de la empresa o, en el caso del sistema dual, el consejero que realice funciones de gestión de la sociedad. Al administrador (consejero) no ejecutivo se le define en las sociedades de estructura monista del órgano de administración por exclusión: aquel que no es consejero ejecutivo. En el caso español, ello incluye a los consejeros dominicales, a los independientes «u otros externos», como establece el artículo 529 *duodecies* de la Ley de Sociedades de Capital (en el caso de sistema dual, la directiva se refiere al consejero que realiza funciones de supervisión, esto es, el integrante del consejo de supervisión o control).

2.3. *El objetivo: la representación equilibrada de mujeres y hombres en el órgano de administración de la cotizada*

La propuesta original del 2012 se refería sólo a los consejeros no ejecutivos, con el

objetivo del 40 % de consejeras de esta condición en el consejo. El texto definitivo ofrece dos alternativas: o alcanzar el referido 40 % de consejeras no ejecutivas, o bien que las mujeres representen el 33 % del total de los consejeros (ejecutivos, no ejecutivos, independientes, dominicales u otros externos).

Para el caso de que la cotizada opte únicamente por el 40 % de consejeras no ejecutivas y no por el 33 % de consejeras de cualquier condición, el artículo 5.2 impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que la cotizada establezca objetivos cuantitativos individuales con vistas a mejorar el equilibrio de género entre los consejeros ejecutivos. En este caso, la cotizada debería alcanzar su objetivo cuantitativo a 30 de junio del 2026.

El artículo 5.3 recoge el método de cálculo para la consecución de los objetivos (porcentajes) en fecha 30 de junio del 2026: por lo que respecta a las consejeras no ejecutivas, el porcentaje será el número más cercano al 40 % sin exceder del 49 %. En relación con los consejeros en general, la cifra de consejeras necesaria para llegar al 33 % debe ser el número más cercano a esta cifra sin exceder tampoco del 49 %. Razones matemáticas impiden en algunos casos alcanzar el porcentaje exacto, por lo que en el anexo de la directiva se dan las cifras en función del número de los puestos en el consejo de administración, lo que implica que en ocasiones no se llegue a los umbrales mínimos. Por ejemplo, un consejo integrado por catorce consejeros deberá contar con seis consejeras no ejecutivas (el 42,9 %), mientras que, en el caso de ser once miembros, bastaría con cuatro

consejeras (el 36,4 %) y, en el de dieciocho, con siete consejeras no ejecutivas (el 38,9 %). Si nos referimos al porcentaje de consejeras sobre el total de los puestos del consejo, en un consejo integrado por siete miembros deberían ser dos las mujeres consejeras (el 28,6 %) y, si fueran catorce puestos, el número ascendería a cinco (el 35,7 %). La aplicación de esta regla hace que el equilibrio de género descienda también del 33 % en consejos de dieciséis miembros (cinco consejeras, el 31,3 %) para cumplir con esta opción alternativa de la directiva.

2.4. *Medidas para alcanzar la representación equilibrada: los procesos de selección de consejeros*

La directiva del 2022 mantiene la afirmación contenida en la propuesta del 2012, en el sentido de que la «actual falta de transparencia de los procedimientos de selección y de los criterios de cualificación para puestos en el consejo en la mayoría de los Estados miembros constituye una barrera significativa» para un mayor equilibrio de género entre mujeres y hombres en los consejos de administración. Si bien se ha avanzado en esta cuestión, el considerando 23 insiste en la importancia de contar en el seno de la cotizada con procedimientos claros y transparentes a la hora de designar a los miembros del consejo, de forma que los candidatos sean valorados objetivamente sobre la base de sus méritos y con independencia de su género.

Por ello, quizá la previsión más compleja de trasladar al derecho interno es el artículo 6 de la directiva, que impone a los Estados miembros la obligación de incorporar previsiones respecto al

proceso de selección de los candidatos al órgano de administración de la cotizada que no cumpla, ya con el criterio del 40 % de consejeras no ejecutivas, ya con mujeres consejeras que representen el 33 % de los puestos del órgano de administración (en este último caso, han de establecer un umbral concreto que alcanzar). La sociedad habrá de adaptar al contenido de este artículo sus procesos de selección y designación de candidatos tanto por cooptación como por acuerdo de la junta general.

Los candidatos habrán de seleccionarse sobre la base de un análisis comparativo de las cualificaciones de cada uno y con criterios claros, carentes de ambigüedad y formulados con carácter neutro. Tales criterios habrán de aplicarse de forma no discriminatoria a lo largo de todo el proceso de selección (la elaboración de la noticia de la vacante en el consejo, la fase de preselección, la fase de selección de candidatos y la elaboración de las listas de candidatos) y deberán estar establecidos con anterioridad al inicio del proceso.

Además, la legislación nacional habrá de garantizar que, en el caso de igualdad de cualificaciones entre los candidatos, se conceda prioridad al del sexo menos representado en el consejo. Sólo en casos excepcionales, en los que concurran razones de mayor peso jurídico, como la consecución de otras políticas en materia de diversidad, en el contexto de una evaluación objetiva que tenga en cuenta la situación específica de un candidato del otro sexo y que se base en criterios no discriminatorios, podrá inclinarse la balanza en favor del candidato del sexo con mayor representación.

Además, se deberá informar al candidato o candidatos acerca de los criterios de cualificación que se hayan seguido en el proceso de selección, de la valoración comparativa de carácter objetivo realizada entre los candidatos al amparo de los referidos criterios y, si procediera, de las consideraciones concretas que hayan inclinado la balanza en favor del candidato del sexo mayoritario en el consejo.

Se recoge en el artículo 6.4 la inversión de la carga de la prueba para el caso de que la candidata a consejera (candidato del sexo infrarrepresentado) no haya sido seleccionada si estaba igual de cualificada que el candidato masculino. Si denuncia este hecho ante la jurisdicción ordinaria o ante otra autoridad competente, será la cotizada quien tenga que demostrar que no ha incumplido en el proceso de selección los criterios y procedimientos anteriormente expuestos. Esta previsión del artículo 6.4, se dice expresamente, no impide a los Estados miembros introducir un régimen probatorio más favorable a la demandante.

Por otra parte, la normativa nacional requerirá a las sociedades cotizadas que garanticen que los socios están debidamente informados del contenido de las medidas previstas en la directiva —incluidas las sanciones por incumplimiento de la norma— con anterioridad a la elección o ratificación de los consejeros en la junta general.

2.5. *Obligaciones de información de la cotizada en relación con las medidas previstas en la directiva*

La sociedad cotizada deberá informar a la autoridad competente, al menos con

carácter anual, acerca de la composición por géneros de su órgano de administración, distinguiendo entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos. Además, le comunicará las medidas adoptadas para alcanzar los objetivos porcentuales de consejeras y, cuando proceda, del umbral inferior establecido en el caso de que no se opte por el 33 % de mujeres en el órgano de administración. Esta información deberá estar disponible de manera fácilmente accesible en su página web. La sociedad deberá indicar además las razones por las que no ha alcanzado el 40 % de consejeras no ejecutivas o el 33 % del total de las consejeras —o el umbral inferior que ha fijado en este último caso—, así como una descripción de las medidas que la cotizada ha adoptado o pretende adoptar para alcanzarlos.

Respecto a la inclusión de estos datos y circunstancias en el informe anual de gobierno corporativo, la directiva se remite a las previsiones de la legislación aplicable en la materia (Directiva 2013/34/CE, en España art. 540c.8.º LSC y Circular 5/2013, de 12 de junio,

para el modelo de informe anual de gobierno corporativo).

Los Estados miembros publicarán y actualizarán regularmente una lista de las sociedades cotizadas que hayan alcanzado cualquiera de los dos objetivos.

2.6. *Régimen sancionador y posibilidad de anular el acuerdo de designación del consejero si así se prevé en el derecho interno*

Respecto a las sanciones que deben incorporarse al derecho interno por el incumplimiento de los objetivos, del sistema de selección de los consejeros y de las obligaciones de información de la cotizada previstas en la directiva, su artículo 8 recoge varias posibilidades: la imposición de sanciones administrativas (multas), el recurso a los tribunales para solicitar la anulación del acuerdo de selección del consejero o consejeros adoptado con infracción de las previsiones legales nacionales que incorporen el artículo 6, o la declaración de nulidad de tal acuerdo de designación.