

La obligada presencia de consejeras en sociedades cotizadas y otras entidades de interés público

La ley de paridad modifica la Ley de Sociedades de Capital e introduce cuotas en los consejos de las cotizadas y en las que lo hacen en el BME Growth, así como en otras entidades de interés público.

REYES PALÁ LAGUNA

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

La ya vigente *Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres*, reforma diversas leyes orgánicas con el fin de alcanzar la paridad en las candidaturas al Congreso, al Parlamento Europeo y a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, así como una presencia equilibrada de mujeres en la composición de los órganos constitucionales —el Tribunal Constitucional, el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas, el Consejo General del Poder Judicial— y del Consejo Fiscal. También modifica la Ley del Gobierno y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con la misma finalidad.

En el ámbito del derecho de sociedades, esta ley incorpora al Derecho español la *Directiva (UE) 2022/2381, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas*. Esta incorporación implica la reforma de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) y de la Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (LMV): se modifican el artículo 529 bis y la disposición adicional séptima de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 292 de la Ley de los Mercados de Valores. Pero la ley española va más allá de la transposición de la norma europea e incorpora las obligaciones previstas en la directiva, señaladamente, la presencia de un 40 % de

mujeres en el consejo de administración para todas las entidades de interés público que no tengan la condición de pymes —más allá, por tanto, de las sociedades cotizadas en mercados regulados— a partir del ejercicio siguiente en el que la sociedad cumpla los siguientes requisitos: a) un número medio de trabajadores durante el ejercicio superior a doscientos cincuenta, y b) un importe neto de la cifra anual de negocios superior a los cincuenta millones de euros o un total de las partidas de activo superior a cuarenta y tres millones de euros (nueva disp. adic. decimosexta LSC). Cierto es que la entrada en vigor de esta obligación para las entidades de interés público que no sean pymes ni cotizadas en mercados regulados (o la de establecer un procedimiento para alcanzar el 40 % de mujeres en el consejo, como veremos *infra*) se produce en dos fases: en una primera, estas entidades de interés público, en los términos indicados y con las particularidades que veremos más adelante, deberán alcanzar el 33 % del sexo menos representado en los consejos de administración a fecha 30 de junio del 2026; en una segunda fase, el porcentaje se elevaría al 40 % el 30 de junio del 2029. Pero el incumplimiento de estos porcentajes no tiene las mismas consecuencias que en el caso de las cotizadas en mercados regulados.

Para estas últimas sociedades, esto es, las cotizadas en las bolsas de valores y en el mercado continuo, el requisito del 40 % de mujeres en el consejo será de aplicación a partir del 30 de junio del 2026 para las treinta y cinco sociedades con mayor capitalización bursátil y a partir del 30 de junio del 2027 para el resto de las sociedades cotizadas. Con datos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, también, la «Comisión») del año 2023, la media de las sociedades que integran el

Ibex 35 superó el porcentaje del 40 % de mujeres en el consejo.

A continuación expondremos el nuevo régimen sobre designación de los consejeros de las sociedades cotizadas, esto es, de aquellas sociedades anónimas cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado español (art. 495 LSC). Nos detendremos después en la reforma más controvertida, al menos si se tienen en cuenta las enmiendas presentadas en la tramitación de la ley orgánica, cual es la relativa a la presencia de mujeres en los consejos de otras entidades de interés público.

La Ley Orgánica 2/2024 va más allá del texto de la directiva de mujeres consejeras

2. El objetivo del 40 % de mujeres consejeras en sociedades cotizadas en mercados regulados

- a) Si bien la reforma de la Ley de Sociedades de Capital se refiere a los «miembros del consejo del sexo menos representado», en la mayor parte de los casos el sexo menos representado es el femenino, de ahí que se opte en este *Análisis* por la simplificación y el uso de la expresión «mujeres consejeras» o, simplemente, «consejeras». Téngase en cuenta además que en la modificación del apartado segundo del artículo 529 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital se hace expresa referencia a la obligación del consejo de velar por que los procedimientos de selección de sus miembros «favorezcan la igualdad entre mujeres y hombres» y no sólo por que favorezcan la diversidad de género, como se leía en la versión anterior del precepto.

La ley española normativiza para el futuro la recomendación 15 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas («que el número de consejeras suponga, al menos, el 40 % de los miembros del

consejo de administración antes de que finalice 2022 y en adelante, no siendo con anterioridad inferior al 30 %»). Los datos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores del año 2023 arrojan una presencia de mujeres en los consejos de cotizadas del 34,50 %, siendo el porcentaje inferior (el 28,94 %) en las sociedades con una capitalización bursátil inferior a quinientos millones de euros.

A la vista de la nueva redacción del apartado tercero del artículo 529 *bis* («Las sociedades cotizadas deberán asegurar que el consejo de administración tenga una composición que asegure la presencia, como mínimo, de un 40 % de personas del sexo menos representado. El número total de consejeros que se considerará mínimo necesario para alcanzar tal objetivo deberá ser el porcentaje más cercano al 40 %, sin que pueda superar en ningún caso el porcentaje del 49 % de miembros del consejo de administración»), podría surgir la duda de si es necesario reducir el número de consejeras en los consejos integrados en más de un 49 % por mujeres. Al respecto, en primer lugar, hay que tener en cuenta los datos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores del 2023, datos que reflejan que sólo contadas cotizadas alcanzan un porcentaje superior al 49 % de consejeras: cuatro sociedades del Ibex 35 (en ninguna superan el 54 %) y tres en las de capitalización bursátil superior a los quinientos millones de euros (una con un 57,14 % de mujeres en el consejo).

Además, la disposición adicional primera de la Ley 2/2024 ayuda a resolver la duda planteada: conforme al principio de discriminación positiva, podrá no aplicarse el criterio de representación paritaria y presencia equilibrada entre mujeres y

hombres cuando exista una representación de mujeres superior al 60 % «que, en todo caso, deberá justificarse». Téngase en cuenta que, en virtud del artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, «el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

De las opciones que ofrece la directiva del 2022, el legislador español ha optado por la mayor cuota posible: el establecimiento del umbral del 40 % respecto a la presencia de mujeres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas. El artículo 5 de la directiva obliga a los Estados miembros a garantizar antes del 30 de junio del 2026 que las cotizadas, bien cuenten con un mínimo del 40 % de consejeros no ejecutivos del sexo menos representado, bien «que los miembros del sexo menos representado ocupen como mínimo el 33 % del total de puestos de administrador, incluidos los de administrador tanto ejecutivo como no ejecutivo», sin que el número de puestos necesario para alcanzar uno de estos dos objetivos sea superior al 49 %.

No se ha incorporado al Derecho español el anexo de la directiva europea que recoge los objetivos numéricos mínimos para alcanzar el 40 % de mujeres consejeras. Si bien la directiva, en su anexo, se refiere a las consejeras no ejecutivas, esto no afecta a los números finales, los cuales, adaptados al Derecho español, supondrían, por ejemplo, en un consejo de nueve miembros, cuatro consejeras (el 44,44 %). Si el consejo tuviera catorce miembros, seis consejeras (el 42,9 %). Cuando esté compuesto por quince miembros, el umbral del 40 % se alcanzará con seis consejeras.

Si se desciende del 40 % de mujeres consejeras por fallecimiento, por otras circunstancias sobrevenidas o por renuncia de un consejero, la ley española prevé expresamente la obligación de la cotizada de alcanzar de nuevo dicho porcentaje al nombrar a la nueva consejera por cooptación, conforme al artículo 529 *decies* de la Ley de Sociedades de Capital. Dicho porcentaje deberá recuperarse de forma definitiva en la primera junta general de accionistas que tenga lugar después de la vacante producida (nuevo art. 529 *bis*, tercer apdo., LSC).

b) Únicamente en el caso de que la sociedad cotizada no alcance este objetivo del 40 % de mujeres consejeras es cuando el Derecho español obliga a la cotizada a «ajustar» sus procesos de selección para garantizar la consecución de este objetivo. Se recoge para ello un procedimiento en la nueva redacción de los apartados 4 y siguientes del artículo 529 *bis* que resumimos a continuación:

— la cotizada, a fin de garantizar este objetivo del 40 %, habrá de aprobar un procedimiento diseñado sobre unos criterios claros, neutrales en su formación y no ambiguos, que permita la apreciación comparativa de las competencias y capacidades de los candidatos. Los criterios que deben regir la selección se establecerán con anterioridad al inicio del proceso. El sistema deberá asegurar un proceso no discriminatorio a lo largo de todas las fases de la selección, incluidas —en un «corta y pega» de la directiva— «las fases de preparación de los anuncios de vacantes, de preselección, de preparación de la lista restringida y la creación de grupos de selección de personas candidatas»

(sólo cambia en la norma española la sustitución de la palabra *candidatos* por *personas candidatas*».

- Si varios candidatos están igualmente capacitados en competencias, prestaciones profesionales y aptitud, las sociedades cotizadas deberán dar preferencia al candidato del sexo menos representado. Únicamente se podrá incumplir esta obligación —en una transcripción casi literal del artículo 6.2 de la directiva— «en supuestos excepcionales, cuando existan motivos de mayor alcance jurídico, como que se persigan otras políticas de diversidad, que se aduzcan tras una evaluación individualizada y una apreciación objetiva por parte de la sociedad cotizada, y siempre sobre la base de criterios no discriminatorios». De forma que, si el candidato finalmente no seleccionado es mujer y demanda a la cotizada, corresponderá a la sociedad la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la selección realizada y de la existencia (en esos supuestos excepcionales) de motivos de mayor alcance jurídico, como pueden ser la persecución de otras políticas de diversidad, que se aduzcan tras una evaluación individualizada y una apreciación objetiva por parte de la sociedad cotizada, y siempre sobre la base de criterios no discriminatorios.
- Por otra parte, la sociedad, conforme a la legislación de protección de datos personales, está obligada a informar a todo candidato que así lo solicite, y siempre que su candidatura se haya examinado en el proceso

de selección de miembros del consejo de administración, de a) los criterios de capacitación en que se basó la elección; b) la apreciación comparativa de las personas candidatas que se haya realizado con arreglo a los criterios anteriores, y, c) en su caso, los motivos que llevaron a elegir a al candidato del sexo menos representado.

- Asimismo, recaen en la cotizada determinadas obligaciones de información sobre el porcentaje de mujeres consejeras. Así, deberá facilitar a la junta general información relativa a las medidas exigidas por la ley en materia de equilibrio entre mujeres y hombres en el consejo de administración, así como sobre las posibles sanciones derivadas del incumplimiento de aquéllas que pudieran afectar a la sociedad.
- Por otra parte, el consejo deberá elaborar anualmente y publicar, integrada en el informe de sostenibilidad, información detallada y fácilmente accesible sobre el sexo menos representado en el consejo de administración de la sociedad. Esta información deberá distinguir entre miembros del consejo de administración ejecutivos y no ejecutivos y recopilar las medidas que se hubiesen adoptado para alcanzar el objetivo del 40 % de mujeres en los consejos. Si no se hubiese alcanzado este objetivo, se incluirán también los motivos a los que responde dicho incumplimiento y una «descripción exhaustiva» de las posibles medidas que se hayan adoptado o se tenga previsto adoptar para cumplir el referido objetivo. Se difundirá como otra información

relevante (OIR) de forma simultánea al informe anual de gobierno corporativo y al informe de remuneraciones de los consejeros, manteniéndose accesible en la web de la cotizada y en la de la Comisión Nacional del Mercado de Valores durante un periodo mínimo de diez años. Dicha información deberá ser remitida a su vez a la Comisión conforme a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley de los Mercados de Valores (informe financiero anual). La Comisión publicará anualmente un listado actualizado de las sociedades cotizadas que manifiesten en su informe de sostenibilidad haber alcanzado el 40 % de consejeros del sexo menos representado.

- c) Respecto al régimen de supervisión, inspección y sanción a cargo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de forma un tanto extraña en el derecho administrativo económico, la Comisión y el organismo autónomo (O. A.) Instituto de las Mujeres «se encargarán de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo al cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta ley por parte de las sociedades cotizadas» (disp. adic. cuarta de la Ley Orgánica 2/2024). El legislador español se acoge a la posibilidad que ofrece el artículo 10 de la directiva del 2022 que permite a los Estados miembros designar uno o más organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo del equilibrio de género en los consejos de administración. En la tramitación final de esta ley orgánica por el procedimiento de urgencia, parece que el legislador español sólo tuvo en cuenta las competencias autonómicas en materia de mercados de valores para las cotizadas en sistemas multilaterales de negociación

y otras entidades de interés público desde el momento en el que en esta misma disposición adicional cuarta se asignan no sólo a la Comisión y al Instituto de las Mujeres, O. A., sino también «en colaboración con los organismos homólogos de las diferentes comunidades autónomas», las tareas de promoción, análisis, seguimiento y apoyo al cumplimiento de las obligaciones previstas para el resto de las entidades de interés público. Aclara esta disposición adicional que corresponde a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la disposición adicional decimosexta de la Ley de Sociedades de Capital respecto a la presencia equilibrada de mujeres en los consejos de administración de las entidades aseguradoras, «[i]nformación que deberán [sic] remitir anualmente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y al Instituto de las Mujeres, O. A.»

Aunque no se mencione expresamente en esta farragosa disposición adicional, la competencia del Banco de España, de la Autoridad Bancaria Europea y del Banco Central Europeo en materia de diversidad de género en el consejo de las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión no creemos que se haya visto afectada por el silencio que guarda la ley orgánica respecto a las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión no cotizadas (véase al respecto el artículo 91.11 de la Directiva 2013/36/UE, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, que establece un mecanismo en cadena acerca de la información sobre prácticas en favor de la diversidad: el artículo 435.2c del Regla-

mento 575/2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, obliga a las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión a publicar, al menos anualmente, en el marco de su sistema de gobierno corporativo, «la política en materia de diversidad en lo que atañe a la selección de los miembros del órgano de dirección, sus objetivos y las metas establecidas en dicha política, así como la medida en que se han alcanzado estos objetivos y metas». Esta información habrán de remitirla a la Autoridad Bancaria Europea, que la manejará, a su vez, «para comparar las prácticas en favor de la diversidad a escala de la Unión». Para las entidades significativas —directamente supervisadas por el Banco Central Europeo—, es obligado que la comisión de nombramientos del consejo de administración establezca un objetivo de representación del sexo menos representado en el consejo; además, esta comisión habrá de elaborar orientaciones sobre cómo aumentar el número de mujeres con miras a alcanzar dicho objetivo).

Con una mejor técnica jurídica se modifica la disposición adicional séptima de la Ley de Sociedades de Capital para introducir la expresa referencia al artículo 529 bis, apartados 3 a 11, como integrador de las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores, cuya supervisión corresponde a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, «de conformidad con lo dispuesto en el título IX de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión». Asimismo, se modifica el artículo 292 de la Ley de los Mercados de Valores, dedicado a las infracciones por incumplimiento de obligaciones previstas en la Ley de Sociedades de Capital

para introducir expresamente como infracción grave (letra a) «[l]a falta de inclusión en la memoria de la información a la que se refiere el artículo 529 bis, apartado 8, o la inclusión de dicha información con omisiones o datos falsos o engañosos» y (letra c) «[e]l incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 529 bis, apartados 3 a 7 y apartados 9 a 11, relativos a las exigencias de representación equilibrada de mujeres y hombres entre los administradores de las sociedades cotizadas y a la publicación de información relativa a dicha representación equilibrada en el seno de la sociedad».

- d) Respecto al fomento de un mayor número de mujeres directivas en la alta dirección de las cotizadas, pese a que la directiva no contiene cuota al respecto, el apartado 8 del artículo 529 bis de la Ley de Sociedades de Capital recoge la obligación para la sociedad de velar por que la alta dirección tenga una composición que asegure la presencia, como mínimo, de un 40 % «de personas del sexo menos representado». Aquí se va más allá de lo recomendado en el Código de Buen Gobierno, que no establecía un umbral concreto para la cotizada. Pero esta obligación queda sometida al «principio de cumplir o explicar», de forma que la sociedad, en la memoria que integra las cuentas anuales, detallará su cumplimiento. Si no se alcanza el 40 % de altas directivas, la sociedad habrá de dar una explicación de los motivos y de las medidas adoptadas para alcanzar ese porcentaje mínimo en el ejercicio económico inmediatamente posterior y en los sucesivos.

Las cotizadas con menos del 40 % de consejeras habrán de establecer un procedimiento de selección para alcanzarlo

3. Otras entidades de interés público

El legislador español quiere imponer también la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de otras entidades de interés público distintas de las cotizadas en mercados regulados. En fase de enmiendas, se introduce una nueva disposición adicional decimosexta en la Ley de Sociedades de Capital, en cuya virtud, y con una técnica cuando menos discutible, es de aplicación lo previsto en el reformado artículo 529 bis, «en sus apartados 3 y siguientes», a otras entidades de interés público. El concepto de *entidad de interés público* lo encontramos en el artículo 3 de la Ley de Auditoría de Cuentas, desarrollada en este punto por el artículo 8 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 2/2021, de 12 de enero. Pero la obligación de una presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos, esto es, de un 40 % de mujeres consejeras, lo es sólo para las entidades

de interés público que no tengan la consideración de pymes o de microempresas. Una defectuosa transposición al Derecho español del concepto de *pyme* ofrecido en la directiva del 2022 excluye de esta obligación

a las entidades de interés público con exactamente doscientos cincuenta trabajadores y un volumen de negocios anual no superior a cincuenta millones de euros o un balance anual total no superior a cuarenta y tres millones de euros, porque en esta disposición adicional decimosexta de la ley societaria se desencadena la obligación de cumplir con una representación equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de las entidades de interés público para las empresas con un número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio superior a doscientos cincuenta y con los volúmenes de negocios o cifra de balance que superen las cifras indicadas.

Dentro de las entidades de interés público que no son pymes, las sociedades familiares en el sentido de la disposición adicional, esto es, las controladas directamente por una familia, pueden excluir del cómputo para alcanzar el 40 % de mujeres en el consejo a los consejeros ejecutivos y a los dominicales a los que se refiere el tercer apartado del artículo 529 *duodecies* de la Ley de Sociedades de Capital. Por tanto, bien puede la cotizada en BME Growth, una sociedad emisora de valores en la Asociación de Intermediarios de Activos Financieros (AIAF) o una entidad aseguradora aplicar la regla del 40 % de consejeras únicamente a sus consejeros independientes y a esa categoría de «otros externos» a la que se refiere el artículo 529 *duodecies* de la Ley de Sociedades de Capital.

La Ley de Sociedades de Capital, en esta disposición adicional decimosexta, remite al artículo 42 del Código de Comercio para el concepto de *control*. En cuanto al concepto de *familia*, considera tales a «las personas relacionadas entre sí en línea directa, ascendente y descendente, sin límite, y en línea colateral hasta el cuarto grado».

Como hemos indicado, la ley orgánica establece, en la disposición transitoria primera, una aplicación gradual de la reforma con respecto a la presencia de consejeras en entidades de interés público que no sean pymes ni sociedades cotizadas en el mercado regulado: el 33 % a fecha 30 de junio del 2026, y el 40 % el 30 de junio del 2029. Se incluyen en esta disposición transitoria también las altas directivas con los mismos porcentajes. Tal y como ha quedado finalmente la redacción de esta obligación respecto a la representación equilibrada de mujeres y hombres en los con-

sejos de administración de sociedades cotizadas en sistemas multilaterales de negociación, el incumplimiento por la sociedad de estos porcentajes no parece que pueda ser sancionado como una infracción administrativa de las previstas en la Ley de los Mercados de Valores desde el momento en el que no se puede hacer una interpretación analógica de una norma de derecho administrativo sancionador por conculcar

el principio de seguridad jurídica y de taxatividad de la norma sancionadora. El artículo 292 de la Ley de los Mercados de Valores, al tipificar como infracciones el incumplimiento de una serie de obligaciones previstas en la Ley de So-

ciedades de Capital, se refiere en su apartado 1, letra c, al «incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 529 *bis*, apartados 3 a 7 y apartados 9 a 11 relativos a las exigencias de representación equilibrada de mujeres y hombres entre los administradores de las sociedades cotizadas y a la publicación de información relativa a dicha representación equilibrada en el seno de la sociedad»; el concepto de *sociedad cotizada* se limita a las que lo hacen en mercados regulados españoles (art. 495 LSC). Por las mismas razones no podrán ser sancionadas por la infracción prevista en la letra a de este artículo 292.1 la falta de inclusión en la memoria de la información sobre el porcentaje de altas directivas (bajo el principio de cumplir o explicar) o la inclusión de dicha información con omisiones o datos falsos o engañosos. Por otra parte, expresamente se excluye de la obligación de remisión de la información anual a la Comisión Nacional del Mercado de Valores prevista en el apartado 9 del artículo 529 *bis* (información sobre el porcentaje de consejeras integrada en el informe de sostenibilidad) a las entidades de interés público cuando no sean sociedades cotizadas.

Las empresas familiares cotizadas en mercados en expansión pueden limitar las cuotas a los consejeros externos

Advertencia legal: El contenido de este documento no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.
Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com, o diríjase al siguiente e-mail de contacto: info@ga-p.com.