

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE PRESENCIA PARITARIA EN ÓRGANOS Y PUESTOS DECISORIOS.

El objetivo de este apartado es analizar la evolución legislativa en materia de paridad dentro del ordenamiento jurídico español. Para ello, se distinguen dos etapas clave, diferenciadas según el grado de obligatoriedad de las normas. En una primera etapa, las normas adoptan un carácter recomendatorio y no vinculante, mientras que, en la segunda etapa, consolidada por la Ley de Paridad, las disposiciones asumen un enfoque imperativo y, por tanto, de obligado cumplimiento.

2.1 Primera etapa: Recomendaciones.

2.1.1 Ley Orgánica 3/2007

En el ámbito nacional, el punto de partida en la legislación sobre paridad de género en los consejos de administración se sitúa en la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI).

En su artículo 75, la LOI dispone que: *“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”*. Este artículo marcó el inicio de una etapa transitoria en 2007, durante la cual el legislador buscó fomentar un cambio en la composición de los Consejos de Administración con el objetivo de alcanzar, antes del año 2015, una representación equilibrada de género en los órganos de gobierno de las empresas sujetas a la norma.

La ubicación del artículo 75 de la LOI dentro de su estructura normativa resulta especialmente interesante, ya que se ubica en el título VII titulado *“La igualdad en la responsabilidad social de las empresas”*, un apartado cuyo carácter voluntario queda expresamente establecido en el artículo 73 de la misma ley. Dicho carácter voluntario, propio de las normas de *“soft law”*, permite que las empresas en el ejercicio de su autonomía, implementen libremente medidas relacionadas con la responsabilidad social empresarial, entre las que se encuentran las orientadas a la promoción de la igualdad ¹.

¹ García Campá, S., *“La aplicación del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación al proceso de selección del consejo de administración de las sociedades cotizadas cuando no tienen equilibrio de género. Un análisis crítico de las críticas sobre su necesidad, obligatoriedad y constitucionalidad”*, Revista IgualdadEs, n.11, 2024, p.298.

No obstante, el criterio de “*sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada*” ha sido objeto de debate doctrinal puesto que algunos autores lo califican de “*inoportuno e inexacto*”, dado que no todas las sociedades mercantiles están obligadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias². En este contexto, el Plan General de Contabilidad (en adelante, PGC) aclara en su norma 4.3, que son las entidades de interés público aquellas que no pueden acogerse a la presentación de cuentas anuales abreviadas.

El concepto de **entidades de interés público** queda definido con mayor precisión en la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. Según el artículo 3.5 de esta norma, se consideran entidades de interés público aquellas emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores (es decir, las sociedades cotizadas), así como aquellas entidades que, por la naturaleza de su actividad, el tamaño o el número de empleados sean clasificadas así reglamentariamente.

Asimismo, es importante destacar la elección del legislador al utilizar la palabra “*procurarán*” en el artículo 75 de la LOI. El Consejo de Estado, en su Dictamen relativo al Anteproyecto de la LOI³, explicó que esta expresión responde a la necesidad de respetar los derechos constitucionales, como la libertad para elegir administradores en las sociedades mercantiles.

*“[...]existe, en el supuesto que ahora se comenta, un derecho reconocido por normas constitucionales y legales para elegir los administradores de las sociedades mercantiles. Por ello, las previsiones que el Anteproyecto pudiera dedicar al respecto **no pueden ser de índole imperativa**, prescribiendo que, entre esos designados, **exista forzosamente un cierto número o proporción de mujeres**. Así parece expresarlo el comienzo del artículo 70, número 1, del Anteproyecto, al aludir a que las citadas sociedades mercantiles “**procurarán incluir**” en sus consejos de administración un cierto número de mujeres. [...]”.*

Este término refleja la **naturaleza no coercitiva** de la medida, característica de esta primera etapa legislativa, en la que las disposiciones se limitaban a ser sugerencias flexibles orientadas a promover el cambio, dependiendo de la voluntad propia de cada

² Pons Carmena, M., “La presencia de mujeres en los consejos de administración y puestos directivos de las empresas: de la Ley Orgánica de Igualdad (2007) al —proyecto— de Ley Orgánica de Paridad”, Revista Lan Harremanak, n.51, 2024, p. 122.

³ Dictamen de Consejo de Estado, núm.803/2006, de 22 de Junio de 2006, Consideración Decimoquinta.

empresa, es decir, con carácter autorregulatorio y que en ningún caso daban lugar a la imposición de sanciones.

No obstante, algunos autores, consideran que el artículo 75 sí que establecía una obligación de medios aunque no de resultado, lo que significa que las empresas estaban llamadas a realizar esfuerzos razonables para cumplir con la norma, aunque no se previera una exigencia sancionadora⁴.

Por último, el propio proyecto de La Ley de Paridad, en su exposición de motivos, reconoce que el artículo 75 de la LOI ya establecía **una recomendación** para que las empresas *“procuren incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una representación equilibrada entre hombres y mujeres”*.

2.1.2 Recomendación 15 del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas

El Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, revisado en junio de 2020 por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV), establece en su **recomendación 15** sobre la composición del consejo de administración que *“el número de consejeras suponga, al menos, el 40 % de los miembros del consejo de administración antes de que finalice 2022”*. Esta recomendación se alinea con lo dispuesto en la LOI, que en su disposición adicional primera ya introducía el concepto de **presencia o composición equilibrada**, definiéndola como aquella en la que *“las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento”*. Es decir, tanto en la LOI como en el Código de buen gobierno se establece que para que un órgano sea considerado equilibrado, la representación del sexo menos representado debe alcanzar al menos el 40%.

Cabe señalar que las recomendaciones del Código de buen gobierno cuentan con un carácter *“estrictamente voluntario”* y se rigen por el principio de *“cumplir o explicar”*. Según este principio, las empresas que no adopten las medidas recomendadas deben justificar adecuadamente los motivos de su decisión, proporcionando explicaciones claras en sus informes anuales de gobierno corporativo⁵. Este enfoque flexible evidencia que, al

⁴ Escribano Gámir, M.C., *“El acceso de las mujeres a los consejos de administración de las sociedades mercantiles. Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de Representación Paritaria y Presencia Equilibrada de Mujeres y Hombres”*, Revista IgualdadEs, n.11, 2024, p. 271.

⁵ Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, revisado en junio de 2020, p. 8.

igual que la LOI en su artículo 75, las disposiciones del Código se enmarcan en el ámbito del “*soft law*”, caracterizado por su falta de coercitividad y la ausencia de sanciones ante su incumplimiento.

2.1.3 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

El artículo 529 bis del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), introdujo en su modificación publicada el 4 de diciembre de 2014, la necesidad de *que “el consejo de administración vele por que los procedimientos de selección de sus miembros favorezcan la **diversidad de género**, de experiencias y de conocimientos y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna y, en particular, que **faciliten la selección de consejeras**”*. Cabe destacar que esta modificación del artículo 529 bis de la LSC no establece un porcentaje mínimo para garantizar el equilibrio de género, ni impone un deber específico o prevé sanciones en caso de incumplimiento.

Este enfoque ha sido criticado por algunos autores porque a pesar de que la LOI llevaba en vigor siete años en el momento de la reforma de la LSC en 2014, esta última no incluyó avances sustanciales en términos de igualdad de género en la gobernanza de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada. Según Mateu de Ros, el artículo 529 de la LSC se limita a una formulación programática, carente de carácter vinculante y sin objetivos concretos que ayudaran a conseguir esa representación equilibrada de género en los consejos de administración⁶.

Posteriormente, este precepto ha sido modificado en tres ocasiones adicionales, siendo la más relacionada con este apartado la realizada el 29 de diciembre de 2018. Esta última reforma incorporó el requisito de que los procedimientos de selección garantizaran “*un número que permita alcanzar una **presencia equilibrada de mujeres y hombres**”*, en una línea similar a la estructura utilizada en la LOI y el Código de buen gobierno.

Así, se puede observar que inicialmente la LSC incluía disposiciones ambiguas o poco concretas en esta materia, con formulaciones que podían interpretarse más como recomendaciones que como obligaciones legales, como ocurre con la expresión “*facilitar*

⁶ Mateu de Ros, R., “*El principio jurídico de igualdad de género, en Gobierno Corporativo e Igualdad de Género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*”, Tirant lo Blanch, 2019, p.88.

la selección de consejeras para alcanzar una presencia equilibrada". Sin embargo, tras la aprobación de la Ley de Paridad la norma ha evolucionado hacia la introducción de exigencias más concretas, tanto formales como materiales, que ya no pueden encuadrarse dentro de la primera etapa, caracterizada por la ausencia de exigibilidad. Las obligaciones introducidas por la Ley de Paridad se desarrollarán en mayor profundidad en apartados posteriores.

2.2. Segunda etapa: Obligaciones concretas.

La aprobación de la Ley de Paridad ha dado lugar a la modificación de la LSC, tal y como se menciona en el apartado anterior. Asimismo, ha implicado la reforma de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (en adelante, LMVSI), entre otra legislación española, con el fin de establecer nuevos deberes para las empresas.

El propósito del legislador en esta segunda etapa es definir obligaciones más precisas para las empresas, con miras a alcanzar la paridad en los ámbitos decisionales. Entre las medidas establecidas se incluyen: ajustar los procesos de selección a criterios objetivos, informar a los candidatos sobre las razones que llevaron a escoger a un candidato no perteneciente al sexo menos representado, e incluir en el informe de sostenibilidad, así como en la página web de la empresa, la información relativa a la representación del sexo menos representado en el Consejo. Es decir, se observan diferencias en el **contenido** de las disposiciones, siendo más específicas.

Cabe destacar el cambio en la **terminología** utilizada en la norma, que justifica también la separación en dos etapas. Mientras que en la primera etapa se empleaban expresiones como ***"procurarán"*** y ***"facilitarán"***, que denotaban un carácter voluntario, en la fase actual el legislador recurre a términos más imperativos como ***"deberán"*** o ***"estarán obligadas"***. A modo de ejemplo, el artículo 529 bis 3 de la LSC establece que *"las sociedades cotizadas **deberán** asegurar que el consejo de administración tenga una composición que asegure la presencia, como mínimo de un cuarenta por ciento de personas del sexo menos representado"*.

Como rasgo del carácter coercitivo de la norma, cabe señalar que se imponen **sanciones** en caso de incumplimiento, una medida que no estaba prevista en etapas anteriores. En este sentido, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 529 bis de la LSC, así como la falta de información o la información falsa o engañosa, se consideran

infracciones graves sancionables por la CNMV, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 313 de la LMVSI.

Las sanciones que pueden imponerse por infracciones, según lo dispuesto en el artículo 313 de la LMVSI, son diversas y comprenden medidas tanto de carácter económico como administrativo. Entre estas sanciones previstas, se incluyen la suspensión o limitación del tipo y el volumen de las operaciones realizadas en el mercado de valores, así como la inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en empresas de inversión. También se contemplan multas que pueden alcanzar los 300.000 euros o el 2 por ciento de los recursos propios de la entidad infractora. Existen, además, otros criterios utilizados para el cálculo de las multas, siempre seleccionando la sanción de mayor cuantía. Es importante destacar que estas sanciones no son excluyentes entre sí por lo que pueden aplicarse de forma acumulativa, lo que implica que una empresa puede ser sancionada con una o más de estas medidas, dependiendo de la gravedad de la infracción.

Por otra parte, en esta segunda etapa también se pueden apreciar diferencias significativas en los **límites temporales** establecidos para alcanzar la paridad de género. Mientras que la LOI establecía el objetivo de alcanzar la paridad antes de 2015, y el Código de buen gobierno fijaba el plazo para 2022, en la Ley de Sociedades de Capital no se había determinado un límite temporal específico en su etapa inicial. Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley de Paridad, se introduce en su disposición transitoria un **cronograma detallado**, que establece plazos diferenciados para las empresas según varios factores, brindando el tiempo suficiente para que estas se adapten a los nuevos requerimientos.

En primer lugar, la ley distingue entre la composición del Consejo de Administración y la Alta Dirección, asignando plazos específicos para cada uno de estos órganos. En segundo lugar, la norma establece una distinción en función del tamaño de la empresa, diferenciando entre las 35 sociedades cotizadas con mayor capitalización bursátil a 1 de agosto de 2024, fecha de entrada en vigor de la norma, y el resto de las sociedades cotizadas. Por último, el plazo se ajusta según la categoría de empresa, entendiendo como tal si se trata de una sociedad cotizada o una empresa de interés público.

No obstante, estas obligaciones y sus respectivos plazos se desarrollarán en mayor detalle en los apartados posteriores, siendo este apartado una introducción general utilizada para justificar la división en dos etapas de la evolución normativa.

3. IMPACTO DE LA LEY DE PARIDAD DE 2024 EN EL ÁMBITO PROFESIONAL DIRECTIVO

3.1 Primera aproximación sobre las nuevas obligaciones

En este apartado se explicará qué tipo de empresas se han visto afectadas por la aprobación de la Ley de Paridad, así como aquellas que quedan excluidas de sus disposiciones, haciendo especial referencia a los problemas que surgen en su aplicación en necesaria conexión con la Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas (en adelante, la Directiva).

En el preámbulo de la ley de Paridad se señala expresamente que “*la necesidad de **avanzar** en igualdad de género en los órganos rectores y de dirección de las empresas **no se limita a las sociedades cotizadas***”. Este planteamiento introduce la primera distinción respecto al ámbito de aplicación de la Directiva 2022/238, que, tanto en el preámbulo como en su artículo 2, limita el ámbito de **aplicación exclusivamente a las sociedades cotizadas**, excluyendo expresamente a las microempresas y a las pequeñas y medianas empresas (en adelante, pymes).

Cabe destacar el rol clave de las sociedades cotizadas, que tienen una importancia económica y un impacto significativo en el mercado. Estas empresas, tal y como establece la Directiva establecen modelos de actuación que influyen en el resto del tejido empresarial, y sus prácticas son a menudo seguidas por otras sociedades. Además, las sociedades cotizadas cuentan con los recursos necesarios para implementar cambios en sus estructuras organizativas como la selección de personas, por lo que, en este sentido, resulta coherente que el proceso de transformación de la composición de los consejos de administración y la alta dirección en España comience por ellas.

En el contexto de la normativa europea, el concepto de pyme está definido en el artículo 3 de la propia Directiva, según el cual una pyme es aquella empresa que emplea a **menos de 250 personas** y tiene un **volumen de negocios anual** no superior a 50 millones de euros o un **balance total** anual no superior a 43 millones de euros. La Directiva es clara en su intención de excluir a las pymes de su ámbito de aplicación, con el objetivo de no imponerles cargas administrativas desproporcionadas.

Sin embargo, surge la cuestión de si la Ley de Paridad española sigue el mismo criterio de exclusión. A diferencia de la Directiva, la Ley de Paridad no introduce una exclusión explícita para las pymes, aunque tampoco parece ir en contra del marco europeo. En el análisis del preámbulo de la Ley de Paridad se aclara que la regulación no se limita exclusivamente a las sociedades cotizadas, sino que amplía su alcance a las **entidades de interés público**. Esto incluye a aquellas empresas que, conforme al artículo 3 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, se consideran de "importancia pública significativa", ya sea por la naturaleza de su actividad, su tamaño o el número de empleados.

En este sentido, el **artículo noveno Tres de la Ley de Paridad**, que modifica la LSC, establece que las obligaciones serán aplicables únicamente cuando el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 250, el importe neto de la cifra de negocios anual supere los 50 millones de euros o el total de las partidas del activo sea superior a 43 millones de euros. Este criterio no solo se alinea con los límites establecidos por la Directiva para clasificar a las empresas que no son pymes, sino que también fija un umbral claro que excluye a las microempresas y pequeñas y medianas empresas.

Por tanto, se puede afirmar que, aunque la Ley amplía su ámbito a las entidades de interés público, no establece obligaciones para aquellas empresas que no superen los límites mencionados: un número medio de trabajadores superior a 250, un importe neto de la cifra de negocios anual superior a 50 millones de euros o un total de las partidas del activo superior a 43 millones de euros. De este modo, y a priori, la Ley de Paridad no debería aplicarse a pequeñas empresas, lo que contribuye a evitar posibles problemas de seguridad jurídica en este ámbito.

3.2. Análisis crítico en relación con la libertad de empresa

La libertad de empresa constituye uno de los principios básicos de la Constitución Española, reconocida en el artículo 38 como un derecho fundamental que garantiza y protege su ejercicio en el marco de la economía de mercado. Sin embargo, este derecho no es absoluto, ya que se encuentra condicionado por las exigencias de la economía general y, en su caso, por la planificación pública. Así, aunque se reconoce a las empresas

autonomía para organizarse y tomar decisiones en el ámbito económico, dicha libertad puede ser limitada en aras de otros intereses superiores⁷.

Es complejo encontrar una definición precisa que englobe de manera completa el contenido de la libertad de empresa. Este derecho se encuentra en constante tensión con otros principios constitucionales y sociales, lo que dificulta delimitar claramente su alcance. Como destacan los autores Paz-Ares y Alfaro, el esfuerzo por concretar el contenido esencial de la libertad de empresa puede resultar, en cierto sentido, infructuoso, ya que *“por mucho que reduzcamos el contenido de la libertad de empresa, siempre puede haber razones que legitimen al legislador para no respetar ni siquiera ese ámbito”*⁸.

En este sentido, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en su sentencia 37/1987, de 26 de marzo, establece que la libertad de empresa es un derecho de **textura abierta** que debe compaginar la apertura económica con la configuración de España como un Estado Social⁹. Podemos concluir que el contenido de las libertades económicas está claramente condicionada por su función social, lo que conlleva la existencia de límites y deberes de carácter positivo.

Surge, por tanto, la necesidad de determinar si la paridad de género constituye una razón legítima que justifique la intervención del legislador en el ámbito de la libertad de empresa. La igualdad de género, reconocida como principio constitucional¹⁰ y objetivo social, puede entrar en conflicto con la libertad de contratación del empresario. Por ello, resulta imprescindible analizar estas medidas restrictivas a la libertad de empresa bajo el prisma de la **proporcionalidad**.

⁷ Vieira Álvarez, C., *“La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del estado social”*, Revista Jurídica: Universidad Autónoma de Madrid, n. 21, I, 2010, p. 213.

⁸ *Ibid.*, p. 207.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/1987, de 26 de marzo [FJ 5].

¹⁰ Constitución Española, art. 14: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*