

## 2. MERCANTIL DERECHO DE SOCIEDADES

### La responsabilidad de los administradores y las cláusulas de indemnidad

*The liability of directors and indemnity clauses*

Por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

**RESUMEN:** Límites y competencia para la adopción de las cláusulas de indemnidad.

**ABSTRACT:** *Limits and competence for the adoption of indemnity clauses.*

**PALABRAS CLAVE:** Indemnity clauses, liability of directors.

**KEY WORDS:** *Cláusulas de indemnidad, responsabilidad de administradores.*

**SUMARIO:** I. LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIDAD DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN LA DOCTRINA. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.—II. COMPETENCIA Y LÍMITES A LA INDEMNIDAD.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

**I. I. LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIDAD DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN LA DOCTRINA. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.—II. COMPETENCIA Y LÍMITES A LA INDEMNIDAD.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS**

En la práctica nos encontramos en numerosas ocasiones con que los administradores de una sociedad, por diferentes motivos, pretenden una exoneración de responsabilidad por las labores realizadas durante su período de gestión, proponiéndose diferentes fórmulas al efecto, desde, por ejemplo, la obtención de una carta de indemnidad emitida unilateralmente por el órgano de administración

entrante o incluso el establecimiento de la indemnidad en el marco de una relación contractual, no siendo infrecuente el que aparezcan dichos compromisos de indemnidad sin la aprobación o ratificación de la correspondiente Junta General, factor que aumenta incluso el grado de incertidumbre sobre el alcance, efectos y validez de dicha indemnidad.

Como referente nos encontramos con que en el Derecho inglés (sect. 2322 (2) CA 2006) las promesas de indemnidad a consejeros relativas a la responsabilidad externa son válidas no lo siendo las promesas de indemnidad relativas a la responsabilidad interna, teniendo en el Derecho español el siguiente panorama que se nos ha ofrecido recientemente por la doctrina mercantilista<sup>1</sup>:

- Indemnidad por responsabilidad interna (acción social de responsabilidad)

Hemos de partir que la responsabilidad de los consejeros en Derecho español está matizada por la conocida regla de la “*business judgment rule*”<sup>2</sup>, recogida en el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital, por tanto, cualquier referencia a la responsabilidad de administrador que se realice en este trabajo, lo será tras resultar la no aplicación de la protección de la discrecionalidad empresarial o “*business judgment rule*”.

Efectivamente, cuando la sociedad lo que pretende es obligarse a indemnizar a los administradores por la responsabilidad en la que pudieran incurrir frente a la misma (responsabilidad por daños al patrimonio social), Gandía Pérez (vid. op. cit. pág. 30) razona que lo que realmente se está haciendo es excluir o limitar esa responsabilidad, ya que <...ante el eventual ejercicio de la acción social —por la sociedad, la minoría, los acreedores o la administración concursal—, los consejeros beneficiados por la garantía siempre podrían alegar como excepción de fondo la mala fe del demandante que reclama lo que, a renglón seguido, la sociedad estaría obligada a pagar al demandado en concepto de indemnización>.

Esta indemnidad interna tiene como primer límite que sólo se puede referir a los daños derivados de la infracción del deber de diligencia del administrador y no a los derivados del deber de lealtad del correspondiente administrador, debido al carácter imperativo de estos últimos (ex. art. 230.1 de la LSC).

Por otro lado, esta indemnidad de responsabilidad interna como mecanismo exonerante o limitador de responsabilidad frente a la sociedad frente al administrador la cual se ejercita normalmente a través de la acción social de responsabilidad (art. 238 LSC), tiene como cualquier cláusula contractual de limitación o exoneración de responsabilidad los límites generales del Derecho de Obligaciones previsto en el artículo 1102 del Código Civil, es decir, el dolo (entendido como la intención de causar daño) o culpa grave, sin que por otro lado aún en los casos en que encontrándonos dentro del ámbito cubierto (culpa leve) pueda existir exoneración derivada de penas pecuniarias, multas o sanciones administrativas<sup>3</sup>.

En realidad, la falta de cobertura de las multas y sanciones administrativas parece claro ya que son producto del *ius puniendi* del Estado y el pacto de indemnidad no debe pues alcanzar a conductas ilícitas por resultar contrario incluso a la Moral y al Orden Público la garantía de conductas ilícitas (arts. 1255 CC y 1275 CC) en los que haya incurrido una actitud dolosa (art. 1102 CC), lo que ha de comprender igualmente a la responsabilidad civil derivada del delito doloso (ej. apropiación indebida, administración desleal...)<sup>4</sup>.

Desde este momento, añadimos que la culpa o negligencia grave en el incumplimiento de obligaciones contractuales se equipara al dolo<sup>5</sup> según el brocardo “culpa lata dolo aequiparatur”-. Esta equiparación es afirmada de forma casi unánime y reiterada por la jurisprudencia y por la doctrina. Y, en su consecuencia, se aplica idéntico régimen de responsabilidad a quien incumple un contrato medianando dolo o culpa grave. De tal modo que las cláusulas de limitación de responsabilidad no son aplicables en supuestos de incumplimientos dolosos, tampoco lo son en los casos de incumplimientos gravemente negligentes.

En lo que respecta a la jurisprudencia y sobre la referida equiparación, dejamos citadas las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1992 (RJ 1992/6502) (en la que expresamente se equipara la culpa lata al dolo), 18 de junio de 1990 (RJ 1990/4764), 20 de marzo de 2003 (RJ 2003/2794) y 20 de diciembre de 2003 (RJ 1993/10100).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1875 (J.Civ., tomo XXXII, 1875, núm. 271) ya razonó que: *“Considerando que es ineficaz para eximirse de la obligación contraída la advertencia ó protesta que hizo al darle el encargo, diciendo que no respondía de cualquier desgracia, porque el extravío de la cantidad no se debió a caso fortuito, ni á desgracia alguna inevitable, sino que, por el contrario, fue efecto de su incuria, abandonado en el carroaje la cartera [...] sin haber tomado antes las precauciones necesarias ni guardado en el bolsillo la llave de la cartera que contenía el dinero encomendado á su custodia, todo lo cual le coloca en el caso de prestar la culpa lata, respondiendo en su virtud del daño causado por su negligencia supina”*.

Verda y Beamonte<sup>6</sup>, en un trabajo sobre el tema con abundante recurso doctrinal<sup>7</sup>, afirma contundentemente que: <Nos parece indudable que, tal y como hoy sostiene la doctrina mayoritaria, las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa grave (la tradicionalmente denominada “culpa lata”) son inválidas. Ciertamente, en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que acontece en el italiano (cfr. artículo 1.229 del Código Civil) o en el suizo (cfr. artículo 100 del Código de las Obligaciones), no existe un precepto que expresamente sancione la nulidad de tales cláusulas. No obstante, su nulidad puede fundamentarse en la consideración de que son contrarias al orden público.

En una sociedad basada en una economía de mercado existe un interés general a que las obligaciones contractuales sean cumplidas por las partes, interés general, que se vería lesionado de manera intolerable, si se admitiera la posibilidad de pactar la exoneración de responsabilidad de quien en el cumplimiento de sus obligaciones incurriera en un comportamiento, en el que se apreciase una negligencia extrema, rayana al dolo>.

Lo anterior nos lleva también a la necesidad de entender qué se entiende por “culpa lata” o negligencia grave, a los efectos de esta aplicabilidad del artículo 1102 CC. Para ello, autores como Morales Moreno han hecho un análisis de este concepto desde la perspectiva histórica del mismo<sup>8</sup>, que nos ayudan a la comprensión del concepto, por lo que podemos decir en definitiva que la culpa lata es la negligencia excesiva o grosera, consistente en no hacer lo que todos hacen o no hacer lo que todos comprenden. Los Mazeaud<sup>9</sup> dicen que <la culpa grave es una culpa no intencional, pero particularmente grosera. Su autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido; era preciso no

comprender *quod omnes intelligunt* [lo que todos comprenden], para obrar como él lo ha hecho sin querer el daño».

Gandía Pérez nos propone<sup>10</sup> que el órgano social competente para la configuración de la carta de indemnidad es la Junta General, de acuerdo con lo establecido en el artículo 160 b) LSC<sup>11</sup> y en el artículo 238.2 LSC<sup>12</sup>, resultando que tal postura ha sido objeto de crítica ya que no se estima que haya de llevarse a cabo mediante una modificación estatutaria aprobada por todos los socios o bien que constare en los estatutos originales, tal y como ha razonado Alfaro Águila-Real<sup>13</sup>, puesto que en realidad se trata de una inclusión en el contrato de administración entre sociedad y administrador de una exoneración o limitación de responsabilidad exigible por naturaleza ante la falta de diligencia debida, resultando que esta cláusula contractual de indemnidad en la relación contractual administrativa entre sociedad y administrador puede ser aprobada expresamente o tácitamente por la Junta General<sup>14</sup>.

En materia de renuncia a la acción social de responsabilidad<sup>15</sup> e íntimamente ligada a esta exoneración de responsabilidad interna del órgano de administración, hay sentencias que admiten que sea el órgano competente para decidirla el órgano de administración (entre las que conocemos, la Audiencia Provincial de Madrid) y otras que requieren la intervención de la Junta General (Juzgado Mercantil de A Coruña).

En el caso enjuiciado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>), de 7 de junio de 2012 (JUR 2012\238528), sobre un pacto de exoneración de responsabilidad con el siguiente tenor literal:

*«Con la percepción de las citadas cantidades en las fechas establecidas en el presente acuerdo, el directivo quedará saldado y finiquitado por todos los conceptos económicos derivados de la extinción de su relación con la Empresa, sin tener nada más que reclamar por causa de la referida relación o su extinción, exonerando la Empresa también expresamente al directivo respecto de las actuaciones realizadas en el curso normal de la gestión del negocio, renunciando expresamente las partes a todo tipo de acciones de cualquier naturaleza, reconociendo, asimismo el directivo no existir cantidades pendientes de naturaleza salarial o extrasalarial derivadas de las relaciones que han unido a las partes.»*

Razona la Audiencia que esta renuncia de «todo tipo de acciones de cualquier naturaleza», comprendía tanto la individual como la social, sobre la base de lo siguiente: (FJ sexto): *«[...] la renuncia se hace con conocimiento de la sociedad y del socio mayoritario de las irregularidades contables cometidas por el demandado lo que determina que la voluntad de las partes fuera extender la renuncia de acciones a las de responsabilidad por daños en su calidad de administrador que son las acciones que genuinamente pueden ejercitarse contra el administrador social por la sociedad y los socios por los daños que respectivamente pueda haberles ocasionado la gestión del administrador. Por lo demás, no cabe duda de que la acción social de responsabilidad —y desde luego la individual— es susceptible de transacción y renuncia como expresamente prevé el artículo 134.2 de la Ley de Sociedades Anónimas [act. Art. 238.2LSC] y es la propia parte actora y ahora apelada la que admite que quienes lo suscribieron en representación de los demandantes estaban plenamente facultados para ello. Además, la renuncia con conocimiento de las irregularidades contables*

*excluye que estemos en presencia de una renuncia a acciones de responsabilidad futura, esto es, con base a hechos ignorados o aún no producidos.»*

Por el contrario, en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1, de La Coruña, de 22 de febrero de 2012 (AC 2012353), analiza un contrato cuyo tenor literal era el siguiente:

*«1. Martinsa declara que desde que ha adquirido el control de Fadesa el 15 de marzo de 2007 hasta la fecha del presente documento, tanto ellas como los nuevos miembros del consejo de administración de Fadesa han examinado detenidamente, con el debido asesoramiento legal y técnico, la situación de la sociedad objeto de adquisición, sus activos y todos los aspectos relativos a la actividad empresarial desarrollada por la misma, en especial su gestión por las sociedades, por cualquier persona física o jurídica vinculada con las mismas, y por los anteriores miembros del consejo de administración, apoderados, directivos o empleados de Fadesa, durante el periodo que medió entre la firma, en fecha 28 de septiembre de 2006, del contrato de compromiso de transmisión y adquisición de acciones en el marco de una oferta pública de adquisición y del contrato de compromiso de transmisión y adquisición de activos y el cambio de control de Fadesa.*

*2. Finalizado este examen exhaustivo de la situación de Fadesa, Martinsa manifiesta su satisfacción con la situación de la sociedad objeto de adquisición, sus activos y todos los aspectos relativos a la actividad empresarial desarrollada por la misma y manifiesta su conformidad con la gestión llevada a cabo por los directivos y consejeros de Fadesa con anterioridad al perfeccionamiento de la oferta pública de adquisición que Martinsa formularon [sic] sobre esta sociedad.*

*3. Consecuentemente, Martinsa y Fadesa se comprometen explícita y terminantemente a no ejercitar, ni directamente ni por medio de personas físicas o jurídicas vinculadas a las mismas, ni ahora ni en el futuro, contra las sociedades, personas físicas y/o jurídicas vinculadas a las sociedades y/o en su caso a los anteriores miembros del consejo de administración de Fadesa, acción alguna relacionada directa o indirectamente con los contratos de compromiso de transmisión y adquisición de acciones en el marco de una oferta pública de adquisición y de transmisión y adquisición de activos de 28 de septiembre de 2006, con el perfeccionamiento de la oferta pública de adquisición formulada por Martinsa y/o con la gestión de Fadesa llevada a cabo por los directivos y consejeros de la misma con anterioridad al perfeccionamiento de la oferta pública de adquisición.»*

El Juzgado de lo Mercantil en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato firmado, estima lo siguiente: «*contiene una expresa y clara renuncia que comprende, entre otras, las dos acciones que en la demanda se ejercitan, es decir, tanto la acción social de responsabilidad que corresponde a Fadesa frente a sus antiguos administradores, por daños causados al patrimonio social como consecuencia de una actuación negligente o contraria a los deberes propios de su cargo, como la acción individual de responsabilidad por daños directamente causados por los administradores de Fadesa en el patrimonio de Martinsa.»*

Finalmente, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1, de La Coruña, de 22 de febrero de 2012, se pronuncia sobre el órgano competente (Junta General) para la renuncia de la acción social, con el siguiente tenor:

*“Eficacia de la renuncia a la acción social de responsabilidad.-*

1.— Dispone el artículo 238 de la Ley de sociedades de capital (TR LSC) que la acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Añade el precepto que en cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opongan a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social.

2.— La atención de la doctrina mercantilista, desde los precedentes del precepto actual en el artículo 80 de la Ley de 1951 (RCL 1951, 811, 945), se han centrado en la delimitación del contexto a que se refiere la transacción y la renuncia a que la norma alude. Ya Garrigues y Uría sostenían que cuando la norma se refiere al acuerdo de la junta general sobre la transacción o la renuncia al ejercicio de la acción lo está haciendo a la acción social de responsabilidad previamente decidida o entablada en virtud de otro acuerdo de la junta, esto es, que la ley presupone que la acción ya está en marcha. Pero esta argumentación tenía por objeto excluir la posibilidad de que la renuncia a la acción de que trata el precepto pudiera referirse a la misma junta en que se plantea la cuestión de la responsabilidad, cerrar el paso a la posibilidad de que, decidido por la junta no entablar la acción, la minoría pudiera vetar ese acuerdo interpretando que implicaba una renuncia al ejercicio de la acción. Lo que la Ley trata de evitar, decían los mencionados tratadistas, es que una vez adoptado el acuerdo por la junta general de exigir responsabilidad a los administradores, la junta transija o renuncie al ejercicio de la acción, cediendo quizás a la presión que los administradores hayan podido ejercer sobre una mayoría con la que se encuentren estrechamente ligados.

3.— La anterior interpretación, aun no siendo actualmente unánime en la doctrina, no tiene otro alcance que el de delimitar el supuesto concreto a que alude el artículo 238. 2 de la LSC. Deja en cambio subsistente la cuestión de si pueden los administradores sociales actuales renunciar válidamente, en nombre de la sociedad, al ejercicio futuro de la acción social de responsabilidad contra los administradores salientes. Los demandados mantienen que esa renuncia es válida y eficaz, a salvo la responsabilidad en que hayan podido incurrir los administradores que la hacen si con ella han causado un daño a la sociedad, porque al tercero beneficiado por la renuncia —el antiguo administrador— no le sería oponible la infracción de los requisitos que deben concurrir para conformar la voluntad social sobre esta materia. Sostiene al respecto el profesor Gómez Pomar en su dictamen que un negocio jurídico que incluyera en su contenido la acción social de responsabilidad, celebrado por los administradores (sin el previo acuerdo de la junta)ería, en el plano material o sustantivo, en principio objeto del mismo tratamiento que cualquier otro negocio referido a bienes, derechos y acciones que corresponden o son de titularidad de la sociedad. Es decir, la acción social de responsabilidad no sería una suerte de “patrimonio separado” respecto del cual esté vedada toda actuación de los administradores.

4.— Debemos mantener, sin embargo, que el punto de partida de la regulación legal es que, siendo la sociedad la única titular de la acción de responsabilidad —sin perjuicio de que su ejercicio esté regulado en cascada para legitimar también a la minoría, a los acreedores y a la administración concursal, o a sólo ésta última en caso de concurso, tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011 (RCL 2011, 1847 y 2133)—, el ejercicio de la acción, su transacción y su renuncia son competencia exclusiva de la junta general. Ni el poder de representación de los administradores alcanza

para disponer válida y autónomamente de la acción social de responsabilidad, ni pueden entenderse válidas las renuncias genéricas o implícitas, equivalentes a la que podría deducirse de la aprobación de las cuentas de un ejercicio o de la gestión social (artículo 238. 4 TR LSC). Y equivalente por genérica es la renuncia al ejercicio de la acción social —hecha por el administrador y consejero delegado de Fadesa Inmobiliaria S.A., sin previo ni posterior acuerdo de la junta— frente a los antiguos administradores con relación a toda su gestión anterior al perfeccionamiento de la oferta pública de adquisición.

5.— La validez de una renuncia presupone la titularidad y plena disponibilidad del derecho renunciado, además de que no sea contraria al interés o al orden público ni perjudique a terceros (Art. 6. 2 del C.C.). En este caso, el Sr. Cipriano, en tanto que administrador de Fadesa Inmobiliaria S.A. en la fecha del contrato, no tenía poder de disposición sobre la acción social de responsabilidad frente a los antiguos administradores; la renuncia, formulada además en términos genéricos, sería contraria al orden público societario y perjudicial para la sociedad, con lo que no puede entenderse válidamente hecha.

Las consecuencias que para el Sr. Cipriano se puedan derivar de su actuación, frente a la sociedad o frente a los antiguos administradores con los que convino la renuncia, no pueden ser tratadas en esta sentencia.

6.— Por último, el hecho de que la sociedad que ejercita la acción sea Martinisa-Fadesa S.A., resultante de la fusión por absorción de Fadesa por Martinisa, no debe perjudicar a la subsistencia de la acción que estamos tratando aun considerando que sea válida —y lo es, como más adelante se verá— la renuncia que en el propio contrato de 3 de agosto de 2007 hizo Martinisa. Si sosteneremos que la renuncia a la acción social de Fadesa no es válida, y consideramos que la única acción de responsabilidad societaria a la que Martinisa pudo renunciar en esa ocasión es a la acción individual de responsabilidad (art. 241 TRLSC), no a la acción social puesto que ésta sólo corresponde a la sociedad frente a sus administradores, se convendrá también que la renuncia de Martinisa (hoy Martinisa-Fadesa S.A.) no puede afectar a la subsistencia de esta concreta acción.”

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4<sup>a</sup>) núm. 268/2017 de 4 mayo (JUR 2017\177017), fija con mayor concreción, los que, a su juicio, son los requisitos para la validez de la renuncia a la acción social de responsabilidad, con el siguiente tenor:

“2. La renuncia de derechos contemplada en general en el art 6.2 CC (LEG 1889, 27) se define como “un negocio jurídico de carácter unilateral que se asienta en la declaración de voluntad —expresa o tácita— del titular del derecho por la cual abdica del mismo y consiente que salga de su patrimonio” (STS 26 de mayo de 2009), y según una jurisprudencia reiterada se exige que sea clara e indudable; puede ser expresa o tácita, pero no cabe imaginarla de hechos dudosos y que no sean inequívocos (por todas STS 20 de 2014).

En el caso concreto de la renuncia a la acción social de responsabilidad, debemos partir del artículo 238 LSC (RCL 2010, 1792 y 2400), que tras indicar que la acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, añade en su apartado 2

“En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opongan a ello socios que representen el cinco por

*ciento del capital social” Esta previsión legal no se tiene en cuenta por la apelante, que parece negar esa posibilidad a la sociedad.*

*En la doctrina se suscita en qué términos es eficaz la renuncia, siendo escasos los pronunciamientos judiciales sobre el art 238 LSC (RCL 2010, 1792, 2400), apuntándose como parámetros de validez los siguientes:*

*En primer lugar, la renuncia es competencia exclusiva de la junta general, correlato de que la titular de la acción de responsabilidad social es la sociedad (sin perjuicio de la prevista en cascada en el mismo precepto y lo dispuesto en caso de concurso, art 48 quáter LC (RCL 2003, 1748))*

*Competencia que debe respetar el derecho de veto de la minoría, ya que no tendrá lugar si se opongan a ello socios que representen el 5% del capital social, que es la garantía que prevé el legislador para evitar situaciones de abuso e impunidad de los administradores, sin que sea aquí aplicable el art 236.2 LSC invocado por la apelante*

*En segundo lugar, no implica renuncia por no ser concluyente la que podría deducirse de la aprobación de las cuentas de un ejercicio o de la gestión social (artículo 238.4 LSC)*

*En tercer lugar, la renuncia sobre hechos futuros no es admisible. La sentencia de la Audiencia de A Coruña de 28 de diciembre de 2012 (si bien con ocasión de una acción individual, pero cuya ratio consideramos trasladable), con apoyo en el art 1.102 CC (LEG 1889, 27) y 6.3 CC razona “Se estaría renunciando anticipadamente a derechos indemnizatorios no nacidos en la esfera jurídica del renunciante, que provendría de la concurrencia de una conducta dolosa de la contraparte (*dolo non preaestando*), que el ordenamiento jurídico no permite, so pena de tolerar comportamientos ilícitos inadmisibles. Esta renuncia apriorística y genérica está vedada pues por el mentado art. 1102 del CC.”*

*En cambio, no hay inconveniente si los hechos desencadenantes de la responsabilidad se han producido y son conocidos en sus extremos esenciales, pues añade “No habría, sin embargo, problema alguno en admitir la renuncia posterior de la acción resarcitoria proveniente de conducta dolosa, bastaría, simplemente, incluso, que el acreedor dejara prescribir la acción; por otra parte, el art. 1813 de dicha Disposición General permite transigir sobre la acción civil dimanante de un delito. Una renuncia de tal clase se encuentra dentro del ámbito del poder de disposición del sujeto renunciante”.*

*Conectado con ello, a lo que se renuncia es al ejercicio de la acción, no a la acción misma. Dicho de otra manera, no se renuncia a la acción social en general sino a ejercitarse una acción social relativa a un sustrato fáctico determinado, siempre previo. El problema será, de una parte, determinar el alcance de esa renuncia si en la misma no se concretan o detallan esos hechos, y de otra parte, que haya una equivocada representación o conocimiento de los mismos, que pueda dar lugar a un supuesto de anulabilidad de la renuncia por la concurrencia de vicios en el consentimiento (error o dolo)*

*En cuarto lugar, la expresión “en cualquier momento” del art 238 LSC habilita la renuncia antes del inicio del procedimiento judicial en el que se reclame esa responsabilidad, sin que esté claro si es preciso la existencia de previo acuerdo de ejercicio de la acción.*

*Aunque la mayoría de la doctrina lo exige y el devenir lógico será que se renuncie tras un previo acuerdo de ejercitarse la acción, lo cierto es que lo imprescindible es*

*que el derecho a cuyo ejercicio se renuncia haya nacido, y esto se produce cuando el hecho desencadenante de responsabilidad ha acontecido. Desde ese momento la sociedad puede ejercitáro o renunciarlo, de igual modo que podría transar sin precisar ese previo acuerdo de ejercitar la responsabilidad, como apunta el art 238.3 LSC (que no los prevé necesariamente como consecutivos). La amplitud de la expresión legal apunta a que no parece que haya impedimento en la renuncia simultáneamente al acuerdo de promover la responsabilidad, o inclusive con anterioridad, si con ello se pretende dotar de seguridad a los implicados, pero eso sí, siempre que los hechos que pudieran generar responsabilidad hayan tenido lugar y sean conocidos en sus extremos esenciales".*

— Indemnidad por responsabilidad externa (terceros)

En realidad, la responsabilidad externa de un consejero viene dada generalmente por el ejercicio por parte de terceros de la acción individual de responsabilidad, aunque esta acción jurídica no es absorbente de otro tipo de situaciones que pudieran originarse en la práctica como es el caso de la responsabilidad civil derivada del delito (ej. apropiación indebida, delito doloso). Así, la responsabilidad civil ex delicto ni deriva del delito, ni tiene nada que ver con la pena. En realidad, los artículos 109 y siguientes del Código penal no son más que un régimen especial de la responsabilidad extracontractual general, prevista en los artículos 1902 y siguientes del Código civil, como demostrara, por ejemplo, Pantaleón Prieto<sup>16</sup>.

Gandía Pérez<sup>17</sup>, termina identificando la problemática de la indemnidad por responsabilidad externa con la indemnidad por responsabilidad interna, cuando razona lo siguiente: <En la mayor parte de los supuestos en los que el administrador incurre en responsabilidad externa en ejercicio de sus funciones (ex art. 241 LSC), la sociedad también responde frente al tercero perjudicado, al imputársele la actuación de su representante orgánico. Si el tercero se dirige contra la sociedad, la cuantía abonada en concepto de indemnización supondrá un perjuicio en el patrimonio social re conducible, en última instancia, a la conducta del administrador. De modo que la sociedad podría ejercitárla, a su vez, la acción social frente a ese administrador cuando éste hubiera infringido sus deberes fiduciarios (ex arts. 236 a 238 LSC). En otras palabras: el administrador que causa un daño a un tercero incumpliendo sus obligaciones para con la sociedad, incurre al mismo tiempo en responsabilidad interna. Por este motivo, si el tercero se dirige contra el administrador y, acto seguido, la sociedad le reembolsa el importe satisfecho, ese reembolso equivaldría, en realidad, a una exoneración de la responsabilidad interna...>

## II. COMPETENCIA Y LÍMITES A LA INDEMNIDAD

Vista la anterior panorámica doctrinal y jurisprudencial, en nuestra opinión los dos grandes problemas unidos a la indemnidad de administradores son la determinación del órgano social competente para su establecimiento y los límites a dicha indemnidad.

Para la determinación del órgano social competente, entendemos que hemos de partir exactamente de la naturaleza jurídica de este compromiso de indemnidad que normalmente se estipula *ex ante*, es decir, con anterioridad al surgimiento

de los presupuestos o requisitos para la exigibilidad de la correspondiente responsabilidad del administrador en cuestión, momento en el que efectivamente juega el límite del artículo 1102 CC al que antes hemos hecho referencia<sup>18</sup>, pero también resultando de aplicación para esta determinación competencial y sus límites lo previsto en el artículo 6.2 CC, con atención por tanto, a la naturaleza dispositiva o imperativa del ejercicio de la acción social de responsabilidad y si la misma puede producir perjuicio de terceros.

En términos generales, la cuestión entraña directamente pues con lo que se ha venido a denominar en la doctrina civilista como renuncia a derechos futuros, renuncia impropia o exclusión voluntaria de la ley aplicable.

Sobre este tema, destacamos por su claridad los razonamientos que hicieran en su momento Gullón Ballesteros<sup>19</sup> y Díez-Picazo.

Gullón Ballesteros razona que: <la mención de la renuncia de derechos junto con la exclusión de la ley aplicable significa que en realidad hay dos formas de renuncia. La renuncia de derechos que han sido ya adquiridos, y la renuncia entendida como voluntad de no llegar a adquirir aquellos, que se hubiera producido si la ley aplicable no se hubiera excluido. Pero técnicamente sólo hay renuncia en el primer caso, porque existe algo concreto sobre lo que se dispone. En el segundo caso, lo que hay en realidad es un acto de determinación del contenido de la relación jurídica de forma distinta al que le da la norma dispositiva, en la que se halla el derecho que se hubiera adquirido si no hubiese mediado la exclusión de la misma (Díez-Picazo, ADC 1956, pp. 1149-1181)>.

Con anterioridad, Díez-Picazo<sup>20</sup> ya nos había sentado las líneas divisorias de ambas clases de renuncias (renuncia de derechos vs. renuncia de ley, en la terminología ésta última del CC antes de la reforma del 1974), cuando nos enseñó lo siguiente: <Técnicamente renuncia es el acto de abandono de un derecho subjetivo cuya titularidad se posee. Ahora bien, en sentido impropio se considera renuncia aquel acto por virtud del cual no se abandona el derecho cuya titularidad se ostenta, sino que se rechaza o se impide la entrada en el patrimonio de un derecho que sin esta declaración de voluntad ingresaría normalmente. La diferencia entre una y otra especie de renuncia es clara. La primera presupone la titularidad plena y perfecta del derecho renunciado. La segunda, por el contrario, precisa que la titularidad del derecho se haya todavía atribuido al sujeto, pero que la atribución se producirá normalmente si el sujeto no manifiesta su voluntad en contrario. La renuncia típica es posterior al acto de nacimiento del derecho subjetivo. La renuncia impropia es anterior: lo que hace es impedir que nazca. La renuncia propia supone una manifestación de voluntad contraria a la continuación de la titularidad del derecho que se posee. La renuncia impropia es una manifestación de voluntad contraria a llegar a ostentar la titularidad de tal derecho.

De aquí se deduce que sólo la renuncia propia es verdadera renuncia, porque la única donde existe un objeto cierto que puede ser renunciado —un derecho subjetivo cuya titularidad se posee—. Cuando el derecho subjetivo se contempla no como una unidad cierta del patrimonio del renunciante, sino como mera posibilidad, no puede, en rigor, hablarse de renuncia. Lo que hay en tal caso es un acto de autonomía, un acto de determinación del contenido de la relación jurídica, acto de determinación cuya característica esencial consiste en la exclusión de un derecho que por formar parte del contenido típico de la relación —por estar previsto

en una norma dispositiva— existiría si las partes no lo excluyeran expresamente. Por esto la renuncia impropia no es tal renuncia, sino un acto de autonomía, una cláusula, una disposición de determinación del contenido, excluyente de un derecho establecido por una norma dispositiva».

Del mismo modo, García Rubio<sup>21</sup>, afirma que se puede renunciar a derechos subjetivos stricto sensu, a derechos potestativos, a derechos eventuales (sometidos a condición) o incluso a las meras expectativas de derechos aún no nacidos, citando ejemplos, como el artículo 970 CC (renuncia a la reserva vital en vida del reservista) o el art. 1102 CC (renuncia preventiva a la acción de responsabilidad contractual si no era dolosa), aparte de los pactos o acuerdos preventivos de la ruptura matrimonial, donde está admitida en la práctica jurisprudencial la renuncia a derechos no nacidos, como la pensión compensatoria.

Gullón Ballesteros<sup>22</sup> también opina que en realidad la renuncia anticipada de derechos es una particularidad de la exclusión voluntaria de la ley aplicable, manifestando incluso que no existe posibilidad de perjuicio de terceros ante la misma.

Destacamos también a estos efectos, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2015 (RJ 2015\605), sobre los conceptos que venimos manejando, cuando razona que:

*“...La renuncia de derechos constituye un acto de disposición abdicativa respecto de un derecho subjetivo ya nacido que, como consecuencia de ello, sale del patrimonio del renunciante y a tal renuncia se refieren las sentencias que se citan en el motivo —sin posterior mención en su desarrollo— exigiendo que sea clara, contundente y expresa.*

*Cuando la renuncia se hace antes de que el derecho haya nacido, se trata más bien de un supuesto de exclusión de la ley aplicable que, en el ámbito contractual, resulta posible (artículo 1255 Código Civil) salvo que la ley establezca lo contrario para proteger la posición de alguno de los contratantes, como sucedía en el presente caso con el derecho de prórroga forzosa y no con el de retracto que resultó válidamente renunciado”.*

Bien estemos denominando a la renuncia a la exigencia de responsabilidad de los administradores en acto unilateral o bilateral de renuncia efectuada con carácter previo al nacimiento de los presupuestos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, como renuncia impropia, renuncia anticipada o exclusión voluntaria de la ley aplicable, y, tratándose por tanto de una situación *ex ante* del nacimiento por tanto del derecho subjetivo, facultades y acción, podría entenderse inicialmente que sin expresión actual del derecho subjetivo no se puede por tanto exigir con carácter absoluto que sea el titular del genuino titular competencial del derecho subjetivo (Junta General, ex. arts. 160 g y 238.2 LSC, para renuncia *ex post*) quien lleve a cabo esta renuncia anticipada de exigencia de responsabilidad social, pudiendo por tanto residir tal facultad tanto en la propia Junta General e incluso en el propio órgano de administración de la sociedad, siempre y cuando tal renuncia impropia se hiciera con respeto a los límites que pudieren serle de aplicación y que veremos a continuación, no son fáciles en su apreciación y aplicación<sup>23</sup>.

En cuanto al requisito del imposible perjuicio de terceros que sanciona el artículo 6.2 CC para la renuncia propia de derechos, coincidimos que el mismo no ha de ser exigible en la renuncia impropia de derechos ya que en realidad, el ter-

cero no va a poder demostrar la existencia de un perjuicio actual derivada de esa renuncia impropia, puesto que desconoce evidentemente si el derecho subjetivo renunciado anticipadamente ingresará el patrimonio del renunciante.

Por ello en la práctica, será el límite de la imposible exclusión de una norma imperativa el que realmente tengamos que tener presente en esta hipotética renuncia impropia.

Para dar respuesta a lo anterior, hemos de volver a recordar que en ningún caso podríamos estar hablando de exoneración de responsabilidades derivadas de la infracción del deber de lealtad del administrador en función del carácter nítidamente imperativo del mismo (ex. art. 230.1 de la LSC). En este ámbito y para una actuación preventiva de la Junta General renunciante *ex ante*, Gandía Pérez<sup>24</sup>, tras hacerse eco de las nuevas posturas doctrinales tendentes a considerar la falta de imperatividad del régimen de exigencia de responsabilidad de administradores<sup>25</sup>, —que se encuentran hoy con el respaldo de la imperatividad exclusiva del deber de lealtad (ex. art. 230.1 LSC)— se muestra favorable a la misma, razonando que: <Sea como fuere, lo que, a nuestro juicio, no cabe afirmar de *lege lata* es que una intervención preventiva de la junta, en ningún caso, puede tener como efecto la liberación de responsabilidad de los administradores. A diferencia de lo que sucede con la *Aktiengesetz* alemana, el *Code de commerce* francés y, tras la reforma de 2003, también con el *Codice civile* italiano, la Ley de Sociedades de Capital considera a la junta general el órgano «soberano» o «supremo» de la sociedad, al que se encuentra plenamente subordinado el órgano de administración en todas las facetas de la vida societaria, incluida la gestión. Esto se pone de manifiesto, por un lado, en la posibilidad que tienen los socios de nombrar y revocar *ad nutum* a los administradores (art. 223LSC) y, por otro, y lo que a estos efectos es más importante, en la facultad que la Ley reconoce a la junta general de inmiscuirse en los asuntos de gestión, impartiendo instrucciones que, bajo determinadas condiciones, resultan plenamente vinculantes para aquéllos (art. 161LSC)>.

Pero admitido, en sede general lo anterior, se abre otro interrogante en cuanto a la posibilidad de que dicha renuncia *ex ante* sea incluso efectuada por el órgano de administración, como posibilidad teórica anteriormente apuntada ligada al carácter impropio de la renuncia y la no necesidad de poder de disposición para la misma.

Obviamente si la actuación preventiva en que consistiera la renuncia se impusiera por los administradores renunciantes en relación con ellos mismos o personas vinculadas a ellos, la existencia del conflicto de interés en tal actuación impediría cualquier actuación preventiva en estos términos al venir vedada por la prohibición de evitar, incluso, situaciones de conflicto de interés que le son inherentes al imperativo deber de lealtad (arts. 238 y ss. LSC). Pero si falta esa identidad subjetiva entre el administrador renunciante impropio y el administrador destinatario de tal renuncia preventiva, no vemos en principio que pueda impedirse la virtualidad de tal pacto que exonera de responsabilidad a terceros administradores por infracción de sus deberes de diligencia, bien concretados en el momento de la renuncia *ex ante* o susceptibles de ser concretados en dicha secuencia temporal. Lo que no debería encontrar amparo bajo esta posibilidad, son aquellas situaciones que pudieran derivar en un acto en fraude de ley amparados bajo la cobertura de la exclusión voluntaria de la ley aplicable y que traten de elu-

dir indirectamente el propio deber imperativo del deber de lealtad (ex. art. 6.4 CC) como pudieran ser que las que se dieran por ejemplo en renuncias cruzadas entre administradores que intentaran burlar el deber de lealtad directamente aplicable, o sea, el administrador que no pudiendo renunciar a su responsabilidad efectúa la renuncia de su coadministrador a cambio de que éste haga lo propio con él, por ello, este tipo de renuncias han de ser analizadas con sumo cuidado en la práctica.

En la realidad, nos hemos encontrado en diversas ocasiones que la referida indemnidad por daños al patrimonio social es adoptada en el seno de acuerdos del correspondiente órgano de administración de la sociedad en casos en que como hemos visto tendría que ser competente la Junta General, por ej. una vez nacido el derecho subjetivo al tratarse de una renuncia propia y no de una renuncia impropia (en la que encontraríamos un reducido margen de actuación del órgano de administración como particular supuesto de la exclusión voluntaria de la ley aplicable, según hemos visto anteriormente), por lo que podemos razonar con ello lo siguiente:

- (i) En el caso particular de una infracción competencial (art. 160 b. de la Ley de Sociedades de Capital), entendemos que la misma se ajusta a la ausencia de poder, resultando aplicable el régimen del artículo 1259 del Código Civil<sup>26</sup>.

En la actualidad el artículo 9 Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades con idéntico tenor a su citado antecesor prevé lo siguiente:

*“Artículo 9*

*La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan los poderes que la ley atribuya o permita atribuir a estos órganos.*

*No obstante, los Estados miembros podrán prever que la sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba.”*

A nuestro juicio, la protección de los terceros de buena fe clara que preside la cuestión, pero no por la aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital, sino porque precisamente esta protección de terceros de buena fe es susceptible de aplicación desde la propia doctrina aplicable al supuesto del artículo 1259 del Código Civil, aunque con límites propios de tal categoría.

Por lo tanto, es la Ley la que atribuye la competencia en esta materia del artículo 160 b) de la Ley de Sociedades de Capital a la Junta General de la sociedad, excluyéndola pues del ámbito del poder de representación del órgano de administración, configurándose pues cualquier actuación del órgano de administración en esta materia como una auténtica injerencia competencial y como una auténtica carencia o ausencia de poder, ajeno por tanto al margen de su actuación conforme o no al objeto social. De esta forma, con mayor o menor acierto (eso es objeto de otro debate) el legislador español no realiza ninguna desviación de lo previsto en la citada Directiva, la que le faculta como no podía ser de otra forma a realizar la distribución competencial de las materias propias de los órganos de las sociedades

de capital, estando la propia consecuencia de dicha distribución competencial pero en función de la tradicional regulación de esta materia, conectándose el supuesto a los casos de actuaciones ajenas al objeto social.

Es decir, en realidad dicho conflicto de intereses infringido habría que ubicarlo dentro de la ausencia de poder y por tanto en la categoría del contrato inexistente, ex. artículo 1259 del Código Civil.

En apoyo de nuestra postura, acudíamos a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997. — Coöperatie Rabobank “Vecht en Plassengebied” BA contra Erik Aarnoud Minderhoud. — Petición de decisión prejudicial: Hoge Raad — Países Bajos. Asunto C-104/96 (*Recopilación de Jurisprudencia 1997 página I-07211*), cuya Parte Dispositiva es la que sigue: *“El régimen de oponibilidad frente a terceros de los actos realizados por los miembros de órganos sociales en situaciones de conflicto de intereses con la sociedad representada no está comprendido en el marco normativo de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, y es competencia del legislador nacional.”*

- (ii) La ratificación por la Junta General de la cláusula de indemnidad acordada por el correspondiente órgano de administración es un negocio jurídico unilateral y no formal, y que podrá ser tanto expresa como tácita. Así lo dispone expresamente el artículo 1727 Código Civil para un supuesto asimilable, el del mandatario que ha traspasado los límites del mandato, sin perjuicio de lo antes apuntado.

La doctrina jurisprudencial (cabe citar las de 21 de marzo de 2.003, 9 de junio de 2.004, 17 de febrero y 10 de junio de 2.005, 24 de mayo y 19 de octubre de 2.006), sin dejar resaltar la necesidad de una aplicación cautelosa (S. 30 de septiembre de 1.971), admite el posible efecto jurídico del silencio como declaración de voluntad en los casos en que sea aplicable la regla de que el que calla “podía” y “debía” hablar, entendiendo que hay ese deber cuando viene exigido, no ya por una norma positiva o contractual, sino, también, por las exigencias de la buena fe o los usos generales del tráfico, o, habiendo relaciones de negocios, el curso normal y natural de los mismos exigían responder de modo que al no hacerlo se provoca en el “destinatario” la lógica creencia de que se aceptaba. Es decir, se toman como pautas interpretativas los estándares jurídicos de la lealtad y la buena fe, el comportamiento justo y honrado, y se acomoda la respuesta al principio del *quod plerumque accidit o quod plerisque contingit*, en relación con las conductas observadas y observables en el tráfico negocial”.

Esta doctrina jurisprudencial, por tanto, admite el posible efecto jurídico del silencio como declaración de voluntad en los casos en que sea aplicable la regla de que el que calla “podía” y “debía” hablar, y entiende que existe ese deber cuando viene exigido, no sólo por una norma positiva o contractual, sino también “*por las exigencias de la buena fe o los usos generales del tráfico, o, habiendo relaciones de negocios, el curso normal y natural de los mismos exigían responder de modo que al no hacerlo se provoca en el “destinatario” la lógica creencia de que se aceptaba*”.

Pero para que el destinatario pueda invocar su confianza en la existencia de tal declaración de voluntad con eficacia jurídica es presupuesto necesario, asimis-

mo, que el silencio resulte “elocuente”. La jurisprudencia ha precisado también esta idea, de forma que “*el consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente (sentencias de 11 de noviembre de 1958 y 3 de enero de 1964), sin que se pueda atribuir esa aceptación al mero conocimiento, por requerirse actos de positivo valor demostrativo de una voluntad determinada en tal sentido (sentencias de 30 de noviembre de 1957 y 30 de mayo de 1963)*”

Esta exigencia del carácter inequívoco del consentimiento tácito se refuerza cuando su consecuencia, en caso de estimarse como manifestación de una declaración de voluntad, es una renuncia de derechos. Como se declaró en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 57/2016, de 12 de febrero, con cita de la anterior de 28 de enero de 1995: “[...] la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos”<sup>27 28</sup>.

Por tanto, la falta de pronunciamiento en contra por la correspondiente Junta General de desaprobación de la gestión del correspondiente órgano de administración, puede entenderse como una ratificación tácita de la cláusula de indemnidad en estos casos ya que dicha actuación compasiva puede entenderse en una provocación de situación de confianza en los administradores relativas a la aceptación de las cláusulas de indemnidad acordadas, máxime cuando los propios socios minoritarios tendrían legitimación activa para la interposición de la acción social de responsabilidad en los términos que lo permite la LSC, o sea, se acepta tácitamente un acto de renuncia de una acción de responsabilidad (acción social) para lo que se ostenta legitimidad, pudiéndose entender que callaron y deberían haber hablado.

En cuanto a la posibilidad de entender el acuerdo de aprobación de la gestión social como un acto ratificadorio de la actuación de administradores, con carácter general, citamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4<sup>a</sup>) núm. 268/2015 de 21 octubre (JUR 2016\66944), que razona lo siguiente:

*En cualquier caso, esa mención no es óbice para la exigencia de la responsabilidad, pues de acuerdo con lo dispuesto en el art. 236.2 de la LSC (RCL 2010, 1792 y 2400), en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general. Esa aprobación de la gestión puede implicar una especie de ratificación que, como señala el precepto, en ningún caso exonera de responsabilidad, ni siquiera procediendo de la junta general, por lo que tampoco cabe estimar este motivo del recurso.*

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>) núm. 482/2023 de 11 abril de 2023 (RJ 2023\2617), cuando dice que:

*7.— Aunque se sostuviera, a efectos meramente dialécticos, que el acuerdo de aprobación de la gestión social supone una “ratificación” por la junta general de un acto del administrador que la minoría (o la mayoría, en un momento posterior) considere causante de un daño a alguno o algunos socios o a la sociedad, el art. 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital, al regular la responsabilidad de los administradores,*

prevé que “[e]n ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general”.

En suma, en esta materia y en lo concerniente ante la competencia y los límites a las indemnidades de responsabilidad de los actos de los administradores nos encontramos ante una materia ausente de una clara doctrina al respecto necesario de la debida ponderación de los intereses en juego en el caso en concreto, resultando deseable la concreción de la misma en la práctica de nuestros tribunales.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro Águila-Real. <https://almacendedderecho.org/nombramiento-y-contrato-de-administrador-y-ii-la-coordinacion-entre-la-posicion-institucional-y-la-contratual>
- Alfaro Águila-Real. <https://derechomercantilespaña.blogspot.com/2022/11/las-indemnity-letters-libradas-por-la.html>.
- Bejarano Díaz. La asegurabilidad de las sanciones penales y administrativas a través del seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos. Diario La Ley, Nº 10436, Sección Tribuna, 30 de enero de 2024.
- Cabanillas Sánchez. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dirigidos por Manuel Albaladejo) Edersa, 2004, Tomo I, Vol 1º: Artículos 1 a 7 del Código Civil.
- Díez-Picazo. La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos. Anuario de Derecho Civil, 1956.
- Gandía Pérez. La renuncia a la acción social de responsabilidad. Civitas, 2017.
- Gandía Pérez, Las “garantías de indemnidad” en favor de los administradores de sociedades de capital, Revista de Derecho Mercantil, 325 (2022).
- García Rubio. Comentarios al Código Civil (Dir. A. Domínguez Luelmo), ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.
- García Villarrubia. <https://www.uria.com/es/publicaciones/7942-la-regla-de-la-discrecionalidad-empresarial>. Boletín 137, Uría-Menéndez.
- Gullón Ballesteros. Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia. Vol. I. BOE, 1991.
- Gullón Ballesteros. Comentario del Código Civil (oord... Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), vol. 1. Edit. Bosch., Barcelona, 2000.
- Mazeaud, H., L. y J. Lecciones de Derecho Civil, traducción española, Buenos Aires. Editorial Jurídica, Europa-América, 1960, T. II, parte segunda.
- Morales Moreno, El incumplimiento del contrato y lucro cesante. Ed. Thomson-Reuters, Civitas, 2010.
- Morales Moreno. El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa. Anuario de Derecho Civil, III, 1982.
- Pantaleón Prieto. Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia. Vol. II. BOE, 1991.
- Paz-Ares. La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. Indret, octubre 2003.
- Redondo Trigo. Crónica sobre la doctrina contradictoria de las audiencias provin-

ciales en la aplicación del artículo 160 f LSC como preludio de una casación. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año n° 99, N° 796, 2023.

Verda y Beamonte. Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el Derecho español. Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 4, 2005, pp. 48-49, Universidad Diego Portales Santiago, Chile.

#### IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1875
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1.971
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1990
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1992
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1995
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2.003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2.004
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2004
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2.005
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2006
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2.006
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2015
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2016
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 abril de 2023
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de junio de 2012
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 21 octubre de 2015
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 mayo de 2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de mayo de 2022
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 6 de septiembre de 2022
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1, de La Coruña, de 22 de febrero de 2012

## NOTAS

<sup>1</sup> Vid. Gandía Pérez, Las “garantías de indemnidad” en favor de los administradores de sociedades de capital, *Revista de Derecho Mercantil*, 325 (2022).

<sup>2</sup> Para una mayor extensión sobre esta regla, vid. García Villarrubia. <https://www.uria.com/es/publicaciones/7942-la-regla-de-la-discrecionalidad-empresarial>. *Boletín* 137, Uría-Menéndez.

<sup>3</sup> Vid. Gandía Pérez, *Las garantías...* (op. cit. pags. 19 y 26), por similitud al caso de las pólizas de seguro *D&O*.

<sup>4</sup> Sobre el imposible aseguramiento del dolo, Vid. Bejarano Díaz. <La asegurabilidad de las sanciones penales y administrativas a través del seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos>. *Diario La Ley*, N° 10436, Sección Tribuna, 30 de enero de 2024.

<sup>5</sup> Como dice Morales Moreno, El incumplimiento del contrato y lucro cesante. Ed. Thomson-Reuters, Civitas, 2010: <El supuesto de dolo previsto en el art. 1107 II podemos definirlo así. Es un acto de incumplimiento del contrato, causante de daños a bienes o intereses del acreedor que se sitúan más allá del interés protegido por el contrato (art. 1107: el fin de protección del contrato), y que por la intención del sujeto, que directamente pretende causar un daño al otro contratante, o por la propia antijuridicidad del acto (acto contrario a una norma o las exigencias de la buena fe) justifica una imputación de responsabilidad al deudor fundada en la ilicitud de su conducta y no exclusivamente en el hecho del incumplimiento>.

<sup>6</sup> Verda y Beamonte. <Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el Derecho español>. *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 4, 2005, pp. 48-49, Universidad Diego Portales Santiago, Chile.

<sup>7</sup> Verda y Beamonte recoge la siguiente doctrina: <En la actualidad, la tesis de que no cabe exención de responsabilidad por culpa lata está ampliamente asentada en la doctrina. Cfr., en tal sentido, Álvarez Lata (n. 1), p. 159; Díaz Alabart (n. 1), p. 580; Díez Picazo y Gullón (n. 1), p. 202; García Amigo (n. 1), pp. 146-147; Jordano Fraga (n. 1), pp. 646-647, Montes Penadés (n. 1), p. 152; Serra Rodríguez (n. 1), p. 123, Torralba Soriano (n. 1), p. 514. Es aislada la opinión contraria de Carrasco Perera (n. 1), p. 472, quien considera que: ‘Cabrá exclusión convencional de la culpa lata siempre que el aumento de riesgo que sufre el acreedor por consecuencia de la mayor irresponsabilidad del deudor haya podido ser ‘vendido’ al deudor, bien mediante un mayor rigor en su contraprestación, bien mediante una rebaja de la prestación del acreedor’; y concluye: ‘No hay ninguna razón válida que impida al deudor ‘comprar’ una mayor exoneración de riesgos. Naturalmente, es un problema de indagación de la causa negocial concreta’.>

Verda y Beamonte también cita a los siguientes autores: <Castán Tobeñas (n. 1), p. 171, afirma que: ‘publicado el Código civil, como sus disposiciones no recogen ni el nombre ni el concepto antiguo de la culpa ‘lata’, ni contiene prohibición de renunciar la acción para exigir la responsabilidad proveniente de culpa en cualquiera de sus grados (silencio expresivo, al lado de la declaración que respecto al dolo se hace en el art. 1.102), por más que la palabra ‘igualmente’, puesta en el art. 1103, puede ser origen de dudas, opina Manresa que cabe la renuncia de esa acción siempre que la culpa, por extremada que sea, no deje de ser tal ‘culpa’ y se convierta en ‘dolo’’ (idéntica posición se mantiene en la edición decimoquinta de la obra, de 1988, puesta al día por G. García Cantero). Esta tesis ha sido abandonada en la actualidad por la práctica totalidad de la doctrina. Parece que hay que interpretar que Badosa Coll, (n. 1), p. 39, se muestra contrario a la admisibilidad de un pacto de exoneración por culpa lata, cuando, al preguntarse sobre: ‘si se puede eliminar totalmente la responsabilidad por culpa mediante la renuncia anticipada de la acción’, responde lo siguiente: ‘la respuesta la da precisamente el art. 1102 fin, según el cual se puede eliminar la responsabilidad por culpa siempre que no se configure de tal modo que se entre en la impunibilidad del dolo’; y, más adelante, añade: ‘suprimir totalmente el deber de diligencia equivale a que el deudor carezca de toda carga en orden al cumplimiento y, por tanto, a la legitimación del dolo; en conclusión la impunidad de la culpa debe hacerse manteniendo un mínimo de deber de

diligencia". Más claramente, Delgado Echevarría (n. 1), p. 239, afirma que la prohibición de renuncia a la acción del artículo 1.102 del Código Civil: "comprende también, según amplio consenso doctrinal, la culpa grave. No es razón para negarlo el argumento 'a contrario' del artículo 1.103; en último término, el pacto que pretendiera exonerar de la culpa grave sería contrario al orden público (art. 1255)". Díaz Alabart (n. 1), p. 580, al tratar de la cuestión de la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa lata, se pronuncia en los siguientes términos: "Contra el orden público parece desde luego, un pacto que en el fondo deja el cumplimiento de una obligación a la voluntad de uno de los contratantes. Prohibición que también recoge específicamente el artículo 1256 del Código civil". Díez Picazo y Gullón (n. 1), p. 202, en evidente referencia a la culpa lata, observan que: "las cláusulas que supongan renuncia a exigir en todo caso la responsabilidad por culpa debe estimarse nulas por inmorales u opuestas al artículo 1256, pues el cumplimiento de la obligación quedaría a voluntad del obligado". García Amigo (n. 1), pp. 146-147, afirma que: "la responsabilidad derivada de culpa grave se sustraer a la libertad contractual de los particulares, y no porque lo diga expresamente, con fórmula imperativa —como en el caso de dolo—, un precepto específico del Código civil, sino porque tanto el dolo como la culpa grave, en cuanto causas de atribución de la responsabilidad, constituyen materia de orden público". Serra Rodríguez (n. 1), p. 123, al comentar el alcance del artículo 1.104 del Código Civil, expone que; "a pesar de esta norma que concede plena eficacia a los pactos modificativos de los modelos legales de diligencia, esta exclusión es rechazable respecto de esa diligencia mínima exigible al individuo medio ('minima diligentia'), y cuya inobservancia da lugar a lo que tradicionalmente se ha considerado culpa grave ('culpa lata')".

<sup>8</sup> Morales Moreno. <El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa>. Anuario de Derecho Civil, III, 1982.

<sup>9</sup> Mazeaud, H., L. y J. Lecciones de Derecho Civil, traducción española, Buenos Aires. Editorial Jurídica, Europa-América, 1960, T. II, parte segunda, pág. 111.

<sup>10</sup> Gandía Pérez (vid. op. cit. *Las garantías...* pág. 39), razona al respecto: <Por tanto, la previsión de una cláusula que, de un modo u otro, altere la responsabilidad de los administradores, por infracción del deber de diligencia únicamente podrá llevarse a cabo en los estatutos originales, o bien mediante una modificación posterior aprobada con el consentimiento de todos los socios>.

<sup>11</sup> Art. 160 b) LSC. b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.

<sup>12</sup> Art. 238.2 LSC. En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social.

<sup>13</sup> Alfaro Águila-Real. <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2022/11/las-indemnity-letters-libradas-por-la.html>, opina en contra que:

<Este juicio sobre las indemnity letters parece excesivo. Quizá proviene de que, previamente, el autor ha renunciado a profundizar en la 'naturaleza jurídica' de estas cartas de indemnidad en el sentido que he expuesto más arriba.

Tengo la impresión, pero el asunto merece un examen más detenido, que incluir una cláusula en el contrato con el administrador por la que se deroga el art. 1729 CC en los casos de reclamaciones de terceros no puede equivaler a "variare ex ante y con carácter general el régimen de responsabilidad de los administradores" hasta el punto de que, para su válida introducción en el contrato de administración sea necesario, nada menos que ¡una modificación estatutaria aprobada por todos los socios!

Veamos con algo más de detalle en qué tipo de casos resultará de aplicación esta promesa de indemnidad. El supuesto de hecho es que el administrador causa un daño a un tercero —no a la sociedad— y éste le reclama su indemnización porque el daño es imputable personalmente al administrador. Si el tercero reclama también a la sociedad y la sociedad indemniza al tercero, para que la sociedad pueda repetir contra el administrador, tendría que

probar que la conducta dañosa del administrador no sólo supuso una infracción de un deber de cuidado (duty of care) que el ordenamiento impone personalmente a los administradores para proteger los bienes y derechos de los terceros, sino también la infracción del deber de diligencia o lealtad que el administrador ‘debe’ a la sociedad.

Gandía pone el ejemplo de un administrador que realiza unas manifestaciones públicas denigratorias para un competidor (mi ejemplo favorito es el de la antiquísima serie de televisión ‘La ley de Los Ángeles’ donde un productor de cerveza estadounidense hace correr la especie de que los mexicanos —que estaban entrando exitosamente en el mercado con su cerveza— se orinaban en la cerveza). Dice Gandía que si el administrador es condenado junto con la sociedad al pago de una indemnización al competidor y es la sociedad la que paga,

“podría repetir luego esos cien mil euros al administrador responsable mediante el ejercicio de la acción social, con lo que, al final, la indemnización recaería sobre el autor material del daño. Mas si es el administrador el que paga al tercero, el posterior reembolso de la sociedad equivaldría a una renuncia a esa acción de repetición y, por ende, a una exoneración de la responsabilidad social (sería, en definitiva, la sociedad la que acabaría asumiendo el daño derivado de una mala gestión del administrador).

En primer lugar, —y esto lo reconoce Gandía— no es evidente que, en un caso así, la sociedad pueda repetir contra el administrador. En la mayor parte de los casos, la conducta dañosa para el tercero realizada por el administrador no generará responsabilidad de éste frente a la sociedad porque estará amparada por la business judgment rule. Piénsese en la omisión de medidas de seguridad especialmente exigentes o en que los daños los haya causado la conducta de algún subordinado. En el caso, el administrador tenía razones para pensar que las manifestaciones no eran denigratorias o simplemente creía de buena fe que su contenido era verdadero. El estándar de responsabilidad frente a los terceros (el duty of care) no es idéntico al patrón de responsabilidad interno (business judgment rule). Frente al tercero, el estándar o patrón de conducta y el estándar de responsabilidad coinciden (responsabilidad extracontractual). Frente a la sociedad, el estándar de conducta —actuación diligente y leal— y el estándar de responsabilidad —negligencia o dolo— no coinciden por la existencia de la business judgment rule. Gandía:

Así las cosas, el compromiso asumido por la sociedad sólo será válido cuando, a pesar de haber incurrido en responsabilidad ante el tercero, el administrador hubiera actuado cumpliendo sus deberes de diligencia y lealtad, es decir, cuando la responsabilidad externa no vaya acompañada de una responsabilidad interna o societaria. Piénsese, por ejemplo, que el beneficio obtenido por la sociedad hubiera sido superior al coste de la indemnización al tercero, o que la conducta del administrador estuviese amparada por la regla de protección de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC) .... Por seguir con el supuesto anterior: imaginemos que existen serias dudas de que las manifestaciones vertidas por el administrador cumplan realmente con los requisitos del artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal para ser consideradas prohibidas y que el administrador hubiera actuado en todo momento de buena fe, en la creencia subjetiva de que obraba en el mejor interés de la sociedad, y que lo hubiese hecho, además, debidamente asesorado por su equipo jurídico. Si, aun así, el competidor denigrado consigue una sentencia favorable y la sociedad es condenada al pago de una indemnización, ésta no podría repetir después contra el administrador, dado que estaría cubierto por la business (rectius, legal) judgment rule (art. 226 LSC). Por eso mismo, tampoco habría inconveniente en que la sociedad asumiese el reembolso de la indemnización si quien la paga es el administrador. Después de todo, no estaría haciendo más que asumir el coste de una actuación realizada en su propio beneficio, ampliando el ámbito de aplicación de la regla del juicio empresarial a la responsabilidad externa.

Pero, ni siquiera en los casos en los que el daño al tercero lo ha causado una actuación negligente (perturbadora) del administrador, en el sentido de infractora del deber de cuidado frente a ese tercero y del deber de diligencia frente a la sociedad, podemos dejar de lado que la actuación del administrador se ha realizado en beneficio e interés de la sociedad. Y, no cabe duda de que el administrador podría reclamar de la sociedad como parte de su retribu-

ción, un seguro de responsabilidad civil o que se le abonen como parte de su remuneración las primas correspondientes a un seguro de responsabilidad civil que cubra este riesgo. Creo que estaremos de acuerdo en que la contratación de tal seguro o el pago por la sociedad al administrador de las primas correspondientes no requieren de una modificación de los estatutos y del consentimiento de todos los socios pero, materialmente, equivalen a la emisión por la sociedad de una indemnity letter. Es más, como concluye Gandía siguiendo a Roncero, ... el interés económico de la carta de indemnidad será, por lo general, bastante escaso. Ya que si el administrador y la sociedad responden solidariamente, lo normal es que el tercero únicamente se dirija contra el administrador cuando la sociedad sea insolvente, y en esa circunstancia el compromiso de indemnización devendría ilusorio. De ahí que, en la práctica, la utilidad de la carta quede reducida a los supuestos, si es que los hay, en los que el administrador no responda frente al tercero junto con la sociedad).

Si es así, el administrador que acepta una indemnity letter en lugar de la contratación de un seguro de responsabilidad civil con una compañía de seguros está haciendo un favor a la sociedad.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Alfaró Águila-Real. <https://almacendedderecho.org/nombramiento-y-contrato-de-administrador-y-ii-la-coordinacion-entre-la-posicion-institucional-y-la-contractual>, razona que: <Celebración del contrato de administración con un tercero

Pero, así como nadie puede sustituir a la junta en el nombramiento, nada impide que el contrato de administración lo celebre, por cuenta de la sociedad, un tercero con el administrador, con excepción del contrato de consejero-delegado que ha de ser celebrado por el consejo.

La doctrina entiende que, cuando se celebra por un tercero, el contrato ha de ser ratificado por el órgano social competente para el nombramiento, pero la necesidad de ratificación es discutible. En primer lugar, puede ser tácita, en sociedades de pocos socios y, desde luego, en sociedades unipersonales.>.

<sup>15</sup> Vid. en extensión sobre este tema. Gandía Pérez. *La renuncia a la acción social de responsabilidad. Civitas*, 2017.

<sup>16</sup> Pantaleón Prieto, en sus comentarios a las SSTS de 28 de enero, 10 de marzo, 27 de mayo, 25 de junio y 7 de julio de 1983 (en CCJC, 1983, n.º 1, pp. 103 a 116; n.º 2, pp. 447 a 458 y 617 a 629; n.º 3, pp. 789 a 799 y 825 a 836), de 13 de julio de 1984 (en CCJC, 1984, n.º 6, pp. 1953 a 1964), de 6 de mayo de 1985 (en CCJC, 1985, n.º 8, pp. 2609 a 2624) y de 1 de julio de 1986 (en CCJC, 1986, núm. 12, pp. 3883 a 3915), y también en Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia. Vol. II. BOE, 1991 p. 1973.

<sup>17</sup> Vid. Gandía Pérez, *Las garantías*... pág. 40.

<sup>18</sup> Vid. Verdá Beamonte...op. cit. págs. 40 y 41. <Evidentemente, como expresamente prevén el artículo 1.229 del Código Civil italiano, el artículo 100 del Código Civil suizo de las obligaciones o el parágrafo 276 del Código Civil alemán, la nulidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad se refiere exclusivamente a los pactos de renuncia previa, esto es, a los que tienen lugar con anterioridad al incumplimiento de la obligación, hecho que determina el nacimiento de la responsabilidad del deudor. Es indiferente que tales pactos se hayan estipulado en el momento de la celebración del contrato, esto es, incluyéndose en él como una de sus cláusulas o, por el contrario, hayan sido estipulados con posterioridad a la celebración del mismo, en un documento separado. En cambio, no suscita ninguna duda, la validez del pacto, por el que el acreedor renuncia al derecho a reclamar la responsabilidad por dolo del deudor, si tal pacto tiene lugar después de haber tenido lugar el incumplimiento.

Dado que el acreedor no está obligado a ejercitar la acción tendiente a hacer efectiva la responsabilidad del deudor, y, si quiere, puede no ejercitárla, nada le impide pactar la renuncia al ejercicio de dicha acción, a cambio, por ejemplo, del compromiso de aquél de proceder al cumplimiento inmediato del contrato o de entregarle una cantidad de dinero, en concepto de indemnización, menor a la que previsiblemente se fijaría en una sentencia de condena, evitándose, así, la dilación inherente al proceso judicial.>

<sup>19</sup> Gullón Ballesteros. *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*. Vol. I. BOE, 1991, pág. 34.

<sup>20</sup> Díez-Picazo. <La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos>, *Anuario de Derecho Civil*, 1956, pág. 1172 y 1173.

<sup>21</sup> García Rubio. *Comentarios al Código Civil* (Dir. A. Domínguez Luelmo), ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 64.

<sup>22</sup> Gullón Ballesteros. *Comentario del Código Civil* (coord.. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), vol. 1. Edit. Bosch., Barcelona, 2000, pág. 388.

<sup>23</sup> Cabanillas Sánchez, expone los límites a la exclusión voluntaria de la ley aplicable, expresando lo siguiente: <Para que la exclusión voluntaria de la aplicable sea eficaz no debe ser contraria al interés o el orden público, ni causar perjuicio a terceros.

Nuestro legislador establece los mismos límites para la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de los derechos reconocidos en la ley. Esta identidad de límites para las dos figuras ha sido criticada por la doctrina debido a la distinta naturaleza jurídica de ambas (37).

Díez-Picazo y Gullón (38) afirman que estos límites, que proceden del antiguo artículo 4 del Código civil, sólo tienen sentido para la renuncia de los derechos. Su extensión a la llamada exclusión voluntaria de la ley aplicable se produce con gran dificultad. En rigor, lo que impide la renuncia de la ley o exclusión voluntaria de la ley aplicable no es que tal renuncia o exclusión contrarie el orden público o perjudique el interés de terceros, sino que la ley aplicable sea una ley imperativa o que no se establezca mediante negocio jurídico la reglamentación sustitutoria. Y ello aun cuando no haya contradicción con el orden público (las normas relativas a la prórroga obligatoria en materia de arrendamientos urbanos son de Derecho imperativo, pero no puede decirse que la disciplina jurídica de los arrendamientos sea de orden público). Basta que la ley sea imperativa para que su aplicación no pueda excluirse voluntariamente, aunque no sea de orden público.

Según O'Callaghan (39), que la exclusión no contrarie el interés o el orden público no es límite, sino algo inherente al propio concepto, ya que si media interés u orden público la ley será imperativa y, por ello, no excluible.

Tratando de dar sentido a la disposición legal, Amorós (40) considera que detrás de las palabras contenidas en la misma parece descubrirse el criterio inspirador, según el cual la exclusión voluntaria de la ley significa la renuncia a la regulación contenida en una norma dispositiva y su sustitución por otra norma negocialmente establecida. E incluso más: la posible renuncia a la ley que reconoce unos derechos a los particulares, si éstos la excluyen. Se impide la aplicación de la norma beneficiosa mediante la renuncia a sus beneficios. Siguiendo por este camino, el supuesto de hecho así apuntado se acerca bastante al regulado en la segunda parte del apartado. Ambos se traducirían en una renuncia de derechos, general y previa en un caso, específica respecto a los ya adquiridos en otro. A partir de ahí se pueden llegar a identificar ambos actos como de renuncia, en ejercicio de autonomía, y así ambos condicionados por las mismas limitaciones (41).

Estas opiniones ponen de relieve que los límites que figuran en el artículo 6, 2.<sup>º</sup>, tienen pleno sentido en relación con la renuncia de derechos, por lo que consideramos que la solución más apropiada es analizarlos al referirnos a la renuncia a los derechos. Nuestro legislador está pensando, sin duda, en que la exclusión voluntaria de una ley aplicable implica la renuncia a determinados derechos (los que se tendrían si no se excluyera la aplicación de la ley, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 1983) #, y por esto somete a los mismos límites la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de derechos. Al excluir la ley aplicable, se renuncia a los derechos que la misma otorga al renunciante.»

Cabanillas Sánchez. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dirigidos por Manuel Albaladejo) Edersa, 2004, Tomo I, Vol 1º: Artículos 1 a 7 del Código Civil (art. 6.2).

<sup>24</sup> Gandía Pérez. Vid. *La renuncia...* <1.2. La posibilidad de una «renuncia» preventiva. Esbozo del problema>, así como los condicionantes al ejercicio de esta renuncia preventiva de los que habla este autor.

<sup>25</sup> Vid. Paz-Ares. <La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo>. *Indret*, octubre 2003.

<sup>26</sup> Pese a ser esta nuestra opinión, no es menos cierto que en otro caso en que resulta competente la Junta General, a saber, la adquisición o enajenación de activos esenciales, ex. art. 160 f LSC, la cuestión está siendo muy controvertida en la Jurisprudencia existente al respecto. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de mayo de 2022, Id Cendoj: 28079370282022100687 claramente se posiciona desde el entendimiento de que el artículo 160 f de la Ley de Sociedades de Capital es una norma jurídica de organización corporativa interna de la sociedad que en nada puede repercutir a terceros de buena fe, no pudiéndose por tanto predicar la ineficacia del negocio jurídico dispositivo realizado por el órgano de administración sin mediar autorización de la Junta General. Por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 699/2022 Id Cendoj: 37274370012022100698 de 6 de septiembre de 2022, se decanta por la nulidad de la enajenación.

Vid. con más detalle sobre esta discusión, nuestro trabajo. Redondo Trigo. <Crónica sobre la doctrina contradictoria de las audiencias provinciales en la aplicación del artículo 160 f LSC como preludio de una casación>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 99, N° 796, 2023, págs. 1235-1250.

<sup>27</sup> Sin embargo, Gandía Pérez, *La renuncia a la acción social de responsabilidad. 1ª ed., abril 2017*, cuando analiza el régimen de la renuncia a la acción social de responsabilidad por órgano incompetente, exige el acuerdo social expreso de ratificación: <Llegados a este punto, estamos en condiciones de afirmar que toda renuncia o transacción acordadas por el órgano de administración sin el consentimiento de los socios supone una extralimitación en la representación orgánica, cuya sanción ha de ser la ineficacia relativa y no la nulidad radical. Los administradores no están facultados para llevar a cabo ningún acto abdicativo que tenga por objeto la acción social; y si lo hacen, su actuación será totalmente irrelevante para la sociedad, la minoría y el resto de legitimados extraordinarios (acreedores y administración concursal). Pero nada impide que los socios puedan ratificar lo actuado con efectos retroactivos (arts. 1259 II y 1727 IICC).

Como es lógico, esta ratificación exigirá, en todo caso, el acuerdo expreso de la junta general, que deberá adoptarse con los requisitos establecidos en el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital. De esta forma, los socios que ostenten, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social estarán facultados para oponerse a su adopción<sup>57</sup>). Y, aparte de ello, sólo podrán ser ratificados los negocios de renuncia o transacción que tengan por objeto uno o varios actos de mala gestión perfectamente determinados y no meramente determinables (supra §9.II.1.1). Así pues, no serán susceptibles de ratificación los pactos, que suelen introducirse con ocasión de un «finiquito», en virtud de los cuales se exonera, con carácter genérico, al administrador de toda responsabilidad en la que éste hubiera podido incurrir frente a la sociedad en el ejercicio de su cargo. El acuerdo de la junta por el que se ratifique un pacto de esta naturaleza únicamente podría llegar a contemplarse como un «descargo», con los (limitados) efectos jurídicos que éste despliega (supra §§.II.2.1).>

<sup>28</sup> La posibilidad de renuncias anticipadas a expectativas de derecho ha sido también expresamente reconocida como regla general por el TS como en la STS de 13 de octubre de 2004 en un supuesto de renuncia anticipada a indemnizaciones en contrato de distribución, cuando razonó: “El artículo 6 del Código Civil autoriza a renunciar a los propios derechos y en rigor en el caso que nos ocupa se trata de renuncia anticipada al tener lugar antes de que los derechos renunciados ingresasen en el patrimonio del renunciante, pero en todo caso la renuncia ha de referirse a derechos propios y no ajenos y no cabe que se practique con abuso de derecho (artículo 7-2 del Código Civil), lo que lleva a la consecuencia decisoria lógica de que la renuncia de Univex S.A., fue sólo respecto a la marca Montblanc y mantiene intactos los derechos indemnizatorios que puedan corresponder al demandante, por la relación contractual que le unía con Univex, S.A.”

En cuanto a la renuncia anticipada de la acción social de responsabilidad, Vid. Casilda Cortés (tesis doctoral), 2022. *La acción social de responsabilidad de los administradores de*

*las sociedades de capital: un estudio en clave procesal de los artículos 238 y 239 de la lsc*, pág. 254, razona lo siguiente: <Si subsumimos estas ideas en la norma que estamos estudiando, vemos que cuando el legislador incluyó el término ejercicio en el apartado segundo del Art. 238 LSC trasladó a la norma esta conceptualización del poder dispositivo. Por eso, una interpretación literal del Art. 238.2 LSC, desde la perspectiva de su naturaleza (la procesal), permite distinguir dos momentos en los que la minoría podría vetar el acuerdo de renuncia (y/o transacción): cuando la Junta pretendiera acordar la promesa de no pedir la tutela judicial del derecho (si se prefiere, si se propone renunciar al ejercicio de la acción en el futuro); y, cuando la Junta se propusiera renunciar (o transar) el ejercicio de la acción (ya entablada). En ambos casos, la Junta actuaría con la facultad conferida por la Ley y, también, en ambos casos, la minoría podrá oponerse frustrando el acuerdo>.