



Ana Martínez-Pina García

Socia de Regulatorio Financiero y Seguros,
de **Gómez-Acebo&Pombo**



DORA: UN PASO MÁS EN LA GESTIÓN DE RIESGOS POR PARTE DEL SECTOR FINANCIERO

El uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) está muy presente en la operativa diaria de las entidades financieras y sobre todo en sus funciones esenciales. La evolución de las TIC ha supuesto que la resiliencia digital y la seguridad de dichas tecnologías sea clave para minimizar el riesgo operativo en el sector financiero. En su momento directivas como CRD IV aplicable a las entidades de crédito, MIFID II relativa a los mercados de instrumentos financieros o Solvencia II aplicable a las entidades aseguradoras, fueron el punto de partida de la creación de un marco jurídico único que reforzó el régimen de autorización, gobernanza, solvencia y funcionamiento en general de las entidades financieras.

El Reglamento DORA que empezará a aplicarse el 17 de enero de 2025, ha dado un paso más en la construcción de ese marco jurídico único para la gestión de un nuevo riesgo que surge de la generalización de las TIC en actividad de las entidades financieras. Es el derivado de las ciberamenazas u otras perturbaciones que puedan suponer la interrupción de la actividad de las entidades. La normativa contempla un riesgo adicional a aquellos que se habían ido regulando desde la crisis financiera de 2008 (el riesgo de crédito, de mercado, de liquidez, de conducta de mercado o de sostenibilidad, entre otros). El objeto de esta nueva norma, tal y como su texto predica, es proporcionar a las entidades financieras allí definidas, de un elevado nivel común de resiliencia operativa digital estableciendo requisitos uniformes relativos a la seguridad de las redes y los sistemas de información que sustentan los procesos empresariales de aquéllas. Dada la heterogeneidad de las entidades financieras en cuanto a su tamaño y actividad, DORA prevé expresamente el principio de proporcionalidad en su aplicación y un régimen simplificado para entidades pequeñas y no interconectadas.

Para conseguir el objeto de la norma se articulan una serie de medidas, entre las que se destacan las siguientes:

- **Gobernanza y organización:** el órgano de administración de las entidades debe definir, aprobar y supervisar el marco de gestión del riesgo relacionado con las TIC.
- **Gestión y clasificación de incidentes** relacionados con las TIC y las ciberamenazas importantes. Ello supone, entre otras medidas, disponer de un registro de incidentes, indicadores de alerta temprana, planes de comunicación, procedimientos de respuesta a los incidentes y la obligación de notificar incidentes graves a las autoridades competentes.
- **Llevar a cabo pruebas de resiliencia digital operativa** consistentes en pruebas de penetración basadas en amenazas.
- **Gestión del riesgo de las TIC derivado los contratos** que las entidades tengan con terceros proveedores de servicios TIC. Se debe disponer de un registro de información de los contratos, de una política de uso de servicios de TIC y revisar todos los contratos que tengan con proveedores que deberán incluir una serie de cláusulas contractuales fundamentales. A su vez los proveedores deberán cumplir con determinados estándares.

El nuevo marco jurídico no está completado, ahora son necesarias normas de desarrollo que concreten y detallen ciertas cuestiones. Algunas de ellas ya se han recogido en los correspondientes Reglamentos Delegados, tales como los criterios para la designación de proveedores terceros de servicios TIC, el contenido de la política relativa a los acuerdos contractuales con dichos proveedores, los criterios para la clasificación de incidentes y ciberamenazas o cuestiones relativas al marco simplificado de gestión del riesgo relacionado con las TIC. En GA_P estamos asesorando a las entidades financieras en el proceso de adaptación a la próxima aplicación de DORA, adoptando y adaptando políticas, incorporando nuevas herramientas y revisando los contratos con terceros proveedores. Los supervisores nacionales y europeos que deben supervisar la implementación del Reglamento, también están en proceso de adaptación e interacción con las entidades.

Nos encontramos por lo tanto ante el reto de implementar una nueva norma con todos los costes que ello supone, pero con el objetivo claro de disponer de un sector financiero más resiliente frente a los riesgos derivados del uso de las TIC que, en última instancia, suponga un beneficio para el cliente financiero. &



Hugo Steunou

Asociado - Dpto. Mercantil
Araoz & Rueda



LA CLÁUSULA ESTATUTARIA DE PRESTACIONES ACCESORIAS COMO GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DEL PACTO DE SOCIOS

El pacto de socios, como cualquier contrato, es ley entre las partes que lo suscriben. En la práctica, suele reforzarse su ejecutividad a través de su firma por la propia sociedad, con el objetivo (no siempre exitoso) de salvar la inoponibilidad frente a la misma de los acuerdos reservados entre socios (art. 29 LSC, y véase la STS de 7 de abril de 2022 acerca de pactos omnilaterales). Sin embargo, en el supuesto habitual de que el pacto parasocial regule el régimen de transmisión de las acciones o participaciones sociales, nada obsta—dada su falta de publicidad registral, y por tanto de eficacia frente a terceros—al justo título sobre estas de un tercero que las adquiera de buena fe, en incumplimiento de un acuerdo privado del que no es parte. Entiéndase sin perjuicio, por supuesto, del régimen de responsabilidad contractual al que se encuentre sujeto el socio transmitente incumplidor, así como de las acciones civiles oportunas.

Por otro lado, la entrada de un nuevo socio en la sociedad puede dejar parcial o totalmente obsoleto el pacto parasocial existente, en caso de que dicho socio rechace adherirse al mismo. La solución a estos problemas no siempre puede pasar por verter todo el contenido del pacto de socios en los estatutos, dado que sus disposiciones no necesariamente son inscribibles (por ejemplo por referirse a socios concretos, u oponerse a normas sobre mayorías o transmisibilidad de títulos), lo cual, sumado en ocasiones a razones de confidencialidad, motiva su existencia.

Por tanto, ¿cómo asegurarse de que cualquier tercero adquirente tenga conocimiento de la existencia del pacto, y esté obligado a su cumplimiento?

Una solución común y sencilla a estos problemas es incluir prestaciones accesorias en los estatutos (art. 86 LSC), que pueden vincularse a una penalidad, además de la exclusión del socio incumplidor (posible aunque no conste expresamente en los estatutos, ex art. 350 LSC).

En efecto, una prestación accesoria (retribuida o no) que obligue a los socios presentes y futuros a suscribir y cumplir el pacto de socios, no solo da a conocer la existencia de este último a terceros, sino que también obliga a los nuevos socios a adherirse al mismo, en lugar de la habitual obligación de los socios existentes de “procurar” que los nuevos se adhieran (con las evidentes dificultades de aplicación que conlleva). De hecho, conforme a la resolución de 26 de junio de 2018 de la DGSJyFP, una mera referencia estatutaria a la escritura en que se haya elevado a público el acuerdo de socios supone una identificación “*perfectamente cognoscible*” para socios tanto actuales como futuros (ex art. 1.273 CC) de las obligaciones a las que están sujetos con base en dicho acuerdo, por lo que cabría argumentar que dicha simple referencia permite contrarrestar la presunción de buena fe del tercero adquirente.

En lo que respecta a la ejecución del régimen pactado para la transmisión de acciones o participaciones, las prestaciones accesorias presentan la ventaja de que cualquier transmisión de títulos que las lleven aparejadas requiere (con base en el art. 88 LSC) la aprobación de la junta general (en una S.L.) o del órgano de administración (en una S.A.). De este modo se crea un cauce para hacer valer el pacto de socios, con especial immediatez si el socio incumplidor fuera minoritario, dado que se enfrentaría a una negativa de la sociedad a la transmisión.

Cabe finalmente mencionar el artículo 11.2 de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, que—aunque de forma limitada a su ámbito de aplicación, las empresas emergentes— parece delatar una intención del legislador de abrir la vía a este tipo de cláusulas estatutarias (permitiendo las “*que incluyan una prestación accesoria de suscribir las disposiciones de los pactos de socios*”), con el requisito de que el pacto se encuentre adecuadamente identificado.

A modo de conclusión, aunque la remisión a pactos de socios mediante “agujeros de gusano” (en palabras de D. Antonio Perdices, en un elocuente artículo publicado el pasado 7 de marzo en el Almacén de Derecho) en estatutos, ya sea por medio de prestaciones accesorias o por otras vías (p. ej. ex art. 123.3 LSC), no es cuestión pacífica en la doctrina societaria, lo cierto es que se trata de una herramienta más a nuestra disposición, y que no solo no tenemos constancia de ningún pronunciamiento jurisprudencial o registral contrario a su uso con este fin, sino que se trata de una disposición estatutaria que cumple con todos los requisitos para ser inscrita en el Registro Mercantil, toda vez que cumpla con todas las disposiciones legales relativas a las prestaciones accesorias (en particular, el Título III, Capítulo V de la LSC). Por ende, habida cuenta de las ventajas que ofrece en cuanto a oponibilidad y ejecutividad, es nuestra recomendación incluir en los estatutos sociales la referida prestación accesoria que obligue a los socios presentes y futuros a suscribir y cumplir el pacto parasocial. &