

CAPÍTULO V

EL *NUDGING* Y LA RSE

Tras la Directiva 2014/95/UE y la Directiva 2022/2462/UE podemos considerar que no existe una verdadera concienciación en materia de verificación. Se deja a la empresa la acreditación de uno de los pilares fundamentales de la responsabilidad social empresarial, como es el control de la información no financiera que se publica.

La doctrina ha puesto de relieve que quienes encargan una verdadera verificación externa suelen ser las empresas que se someten a altos estándares de cumplimiento normativo o soportan un alto nivel de riesgos medioambientales por su actividad¹. De hecho, los estudios empíricos demuestran como las empresas que se someten a una verificación externa suelen tener implantada una amplia cultura de responsabilidad social empresarial². También, la práctica demuestra que existen empresas que someten su información no financiera a la verificación de un experto externo porque saben que así lo espera su *stakeholder*, es decir, que conocen quien revisa *ad extra* el informe de verificación y las características de este *stakeholder*³. Sin embargo, se ha puesto de relieve que la verificación con el fin de ofrecer la mayor información posible puede producir también un efecto de sobreinfor-

¹ SIMNET, R., VANSTRAELEN, A., CHUA, W.F., «Assurance on Sustainability Reports: An International Comparison», *The Accounting Review*, vol. 84, núm. 3, Florida, American Accounting Association, 2009, pp. 937-967.

² VENTURELLI, A., CAPUTO, F., LEOPIZZI, R., PIZZA, S., «The state of art of corporate social disclosure before the introduction of non-financial reporting directive: a cross country analysis», *Social Responsibility Journal*, vol. 15, núm. 4, 2018, pp. 409-423.

³ BEDDEWELA, E., FAIRBRASS, J., «Seeking Legitimacy Through CSR: Institutional Pressures and Corporate Responses of Multinationals in Sri Lanka», *Journal of Business Ethics*, vol. 136, núm. 3, Springer, 2016, pp. 503-522.

mación y un efecto de infra información por parte de las empresas que no realizan una verificación externa sino meramente interna por parte de sus equipos de auditores⁴.

Con todo, en materia de verificación, la Unión Europea ha pretendido instaurar una estrategia de influencia en el comportamiento y en la toma de decisiones de las empresas, de manera que se establezca un sistema de transparencia auto exigido, a modo de táctica con el fin de acercar en mayor medida de lo posible las regulaciones de las sociedades mercantiles que operan en el seno comunitario, pero sin exigirlo desde el punto de vista normativo⁵. Este fenómeno ha sido conocido como el *nudging*⁶, lo que conlleva que las empresas establezcan objetivos de sostenibilidad a largo plazo, pero sin que exista una regulación pormenorizada que así lo determine, metodología que ha sido enormemente criticada⁷.

Este es el reflejo de lo que desde hace décadas los legisladores han pretendido, y es que los órganos de administración de las sociedades mercantiles adopten criterios de sostenibilidad⁸ en el desarrollo de sus negocios con un efecto directo sobre la sociedad civil que la rodea y sobre el medio ambiente⁹. Lo que ocurre es que esta vieja estrategia está siendo utilizada en el desarrollo de la regulación de la responsabilidad social empresarial, en particular, en la información que debe de ofrecerse al *stakeholder*¹⁰.

Ciertamente, en muchas ocasiones se indica que las decisiones de las empresas deben de basarse siempre en criterios de sostenibilidad. Pero, a su vez, esta expresión es vacía y no ofrece un contenido claro de lo que se pretende. Para ello, se ha considerado que para definir una norma clara y que deje de ser una estrategia del legislador, han de

⁴ TARQUINIO, L., *Corporate Responsibility Reporting e Assurance esterna: Profili teorici, criticità e prospettive*, G. Giappichelli Editore, 2018. p. 103.

⁵ SCHÖN, W., «Der Zweck der Aktiengesellschaft geprigt durch europtisches Gesellschaftsrecht?», *Zeitschrift fur das gesamte handelsrecht und wirtschaftsrecht*, vol. 180, 2016, pp. 279-281.

⁶ TOR, A., «The Critical and Problematic Role of Bounded Rationality in Nudging», *Nudging - Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, KLAUS, M., TOR, A., (eds.), Springer, 2016, p. 20.

⁷ HOMMELHOFF, P., «Nichtfinanzielle Ziele in Unternehmen von öffentlichem Interesse - Die Revolution übers Bilanzrecht», *Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70 Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2015, pp. 291-299.

⁸ BLACK, B.S., «Shareholder Passivity Reexamined», *Michigan Law Review*, vol. 89, núm. 3, The Michigan Law Review Association, 1990, pp. 520-608.

⁹ ARMOUR, J., HANSMANN, H., KRAAKMAN, R., «Agency Problems and Legal Strategies», *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford, Oxford Scholarship Online, 2017, p. 30.

¹⁰ EMESEH, E., AKO, R., OBOKOH P.O., OGECHUKWU, L., «Corporations, CSR and Self Regulation: What Lessons from the Global Financial Crisis?», *German Law Journal*, vol. 11, Issue 2, Cambridge University Press, 2010, pp. 230-259.

precisarse distintas cuestiones: definir el objetivo normativo, ajustar el enfoque normativo, adaptar el ámbito de aplicación de la norma y encontrar la combinación adecuada de instrumentos. Mientras no se legisle de forma clara la responsabilidad social empresarial, lo que realmente se está provocando es una duplicidad normativa desde el punto de vista de las empresas¹¹.

En cualquier caso, la estrategia reguladora del *nudging* sigue un enfoque conductual, lo que implica que su eficacia depende del comportamiento humano, que, a su vez, está influido por toda la variedad del marco institucional en el que tienen lugar las decisiones humanas. El *nudging*, no es obligatorio, sino que mantiene la autonomía y la libertad individual, incluyendo la elección de comportarse de forma diferente¹². Tal vez ello sea consecuencia del principio de voluntariedad¹³ que ha caracterizado la responsabilidad social empresarial, lo que ocurre es que es importante distinguir la asunción voluntaria de estándares o códigos y, cuestión distinta, la realidad y fiabilidad de lo que se divulga desde la empresa.

Ahora bien, pese a tratar de influenciar en la conducta de las empresas, lo cierto es que el *nudging* no resuelve un problema latente y tal vez inherente a la implementación de la responsabilidad social empresarial como es el *greenwashing*. Así, es necesario como hemos dicho que la verificación de la información no financiera sea controlada por un tercero independiente a imagen y semejanza de la información financiera, circunstancia que ha sido denunciada desde hace años¹⁴. Para crear un sistema serio y eficaz de verificación podemos tomar el modelo de la auditoría de cuentas, pues las características que residen en este pueden adaptarse a la verificación. Los principios de independencia, competencia, deontología, cumplimiento normativo, escepticismo, juicio profesional, responsabilidad, etc., pueden ser extrapolables a un sistema de verificación. Para ello, es necesaria una propuesta legislativa que determine cuestiones esenciales en aras a superar la problemática referida.

Para ello, deben de quedar delimitados los principios fundamentales de la verificación de la información no financiera. Se debe distinguir

¹¹ MÖSLEIN, F., SØRENSEN, K.E., «Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability? Regulatory Instruments from a Comparative and Functional Perspective», *Columbia Journal of European Law*, vol. 24, Issue 2, Columbia Law School, 2018, pp. 391-454.

¹² LOBEL, O., AMIR, O., «Stumble, Predict, Nudge: How Behavioral Economics Informs Law And Policy», *Columbia Law Review*, vol. 108, núm. 8, The Columbia Law Review Association, 2008, pp. 2098-2137; SUNSTEIN, R. «The Ethics of Nudging», *Yale Journal on Regulation*, vol. 32, núm. 2, 2015, pp. 413-450.

¹³ Véase la problemática que se plantea en este sentido y las distintas posiciones jurídicas en BATALLER GRAU, J., «Un concepto de...», *op. cit.*, p. 73.

¹⁴ MANETTI, G., TOCCAFONDI, S., «The role of stakeholders in sustainability reporting assurance», *Journal of Business Ethics*, vol. 107, núm. 3, 2012, pp. 363-377.

el proceso de verificación, el informe de verificación y el verificador, de manera que nos permita cerrar el sistema de responsabilidad social implementado por la empresa. Se asimila así dentro de la sociedad mercantil un modelo de negocio, nacen los riesgos por su desarrollo, se implementa una política interna, se asumen indicadores externos, se obtienen resultados y, finalmente, se verifican dichos resultados en aras a determinar la realidad de los indicadores asumidos con los efectos producidos en la mercantil¹⁵.

Pues bien, el impulso legislativo ha venido de la mano con la *Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre, por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas*, lo que provoca un retroceso en el *nudging* y el detrimento del principio de voluntariedad en beneficio de un sistema normativo que trata de esclarecer los problemas que genera la verificación. Además, el retroceso del *nudging* en pro de la creación de un sistema normativo, provoca dos efectos que deben evitarse: de una parte, el incremento de la litigación, lo que conduce a los retrasos en el cumplimiento del verdadero objetivo de la sostenibilidad y, por otro lado, la tendencia a la cuantificación del grado de cumplimiento legal, lo que redundará en perjuicio de la sostenibilidad debido a que no todo se puede cuantificar¹⁶.

En cualquier caso, lo cierto es que el *nudging* ostenta ciertos límites, pues provocar un comportamiento no implica que el *stakeholder* o el operador económico realicen ciertamente la actividad que se impulsa desde el *nudging*. Seguramente, en este sentido, la razón de ser de regular los pormenores de la verificación sea precisamente uniformizar la verificación creando así un *nudge* tanto para el inversor como para el consumidor. Para el inversor, porque ello supone que invertirá en inversiones sostenibles¹⁷, de modo que el informe de verificación será clave para analizar la empresa sobre la cual se invierte y, desde el punto de vista del consumidor, porque utilizará los bienes y servicios de empresas que, según el informe de verificación, sean sostenibles desde distintos puntos de vista¹⁸.

¹⁵ BATALLER GRAU, J., «Desmontando tópicos sobre la responsabilidad social de la empresa», *Revista de derecho mercantil*, núm. 323, Madrid, 2022, versión on-line.

¹⁶ FANTONI, S., «Sustainability Complex Network», *Quantitative Sustainability*, Springer, 2024, pp. 3-28.

¹⁷ GAJEWSKI, J-F., HEIMANN, M., MEUNIER, L., «Nudges in SRI: the power of the default option», *Journal of Business Ethics*, 2021, p. 1-20.

¹⁸ WANG, Y., RIYANTO, Y. E., NG, Y., *Nudging Buyers to Be Socially Responsible Through Public Persuasion*, Available at SSRN 4029494, 2022.