

Sostenibilidad

Deberes de diligencia de los administradores respecto a la gestión del riesgo de cambio climático: ClientEarth contra Shell

El Tribunal Superior de Justicia británico desestima la petición de responsabilidad de los administradores de la petrolera Shell promovida por una organización no gubernamental por incumplimiento de sus deberes de diligencia en relación con la estrategia de gestión del riesgo de cambio climático de la empresa.

REYES PALÁ LAGUNA

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

§ 1. El pasado 12 de mayo, el Tribunal Superior de Justicia (*High Court of Justice*) británico consideró que no existen indicios razonables para admitir la demanda colectiva (*derivative claim*) de accionistas (*prima facie case*) presentada por ClientEarth, organización no gubernamental (ONG) medioambiental de nacionalidad británica, contra Shell Plc., demanda por la que se pretendía la reclamación de responsabilidad a los administradores de la petrolera por incumplimiento de sus deberes de diligencia en relación con la estrategia de gestión del riesgo de cambio climático aprobada por la cotizada. Además, ClientEarth alegó el incumplimiento por Shell de la resolución de un tribunal holandés por la que se le ordenaba a la compañía reducir al menos

un 45 % de sus emisiones de dióxido de carbono a finales del 2030 con respecto a sus niveles del 2019. La sociedad sin ánimo de lucro, titular de veintisiete acciones de Shell, ha recurrido la resolución desestimatoria del Tribunal Superior de Justicia británico.

§ 2. El tribunal argumenta el *auto* por el que se rechaza la pretensión de los accionistas con cita de diversos preceptos de la Companies Act del 2006: las secciones 261 y 263 en relación con el procedimiento *prima facie* y las secciones 170, 172 y 174 de esta misma ley relativas a los deberes de los administradores de las sociedades mercantiles, en especial el deber —concretado en la sección 172— de actuar de buena fe en el

mejor interés de la sociedad (más precisamente, el deber de actuar de la manera que considere más probable para promover el éxito de la sociedad en beneficio de los socios en su conjunto: «duty to promote the success of the company») y el deber de actuar con la debida competencia, atención y diligencia contenido en la sección 174 (en donde entra en juego la *bussiness judgement rule*, no expresamente recogida como tal en la ley societaria británica, pero de constante aplicación jurisprudencial).

§ 3. Se trata de una materia de indudable actualidad también en la Unión Europea, en donde se está tramitando la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad —en la actualidad, en debate en el Consejo—, cuyos artículos 25 y 26 se refieren al deber de diligencia de los administradores en relación con la adopción de decisiones en materia de sostenibilidad y a la responsabilidad de los administradores respecto a la implementación y supervisión de las medidas de diligencia debida por lo que respecta a los derechos humanos y el medio ambiente.

§ 4. Para que el tribunal permita la continuación de la demanda colectiva (*prima facie case*), ha de cerciorarse de que concurren una serie de requisitos detallados en la sección 263 de la ley societaria, de tal manera que será denegada si considera que una persona, actuando conforme al mejor interés de la sociedad, no proseguiría con el procedimiento o si cualquier acción u omisión que fundamente la acción ha sido aprobada o ratificada por la sociedad.

§ 5. Nos centraremos a continuación en el fondo del asunto: la petición de la ONG pretende la declaración de responsabilidad de los administradores de Shell por incumplimiento de sus deberes de diligencia y el que se obligue a la sociedad a adoptar e implementar una estrategia de gestión del riesgo climático conforme al contenido de sus deberes legales, así como el cumplimiento

inmediato de la citada resolución del tribunal holandés.

§ 6. ClientEarth arguye en su petición que el deber de los administradores de actuar de buena fe para promover el éxito de la empresa en beneficio de la totalidad de los accionistas implica la valoración de las consecuencias a largo plazo de las decisiones del consejo y del impacto de la actividad de la empresa en la comunidad y en el medio ambiente. Además, el cumplimiento de este deber de los administradores se concreta, en su opinión, en una compañía como Shell, en relación con el riesgo climático, en una serie de deberes que consideran inherentes al cargo que se desprenden del contenido de la sección 172 de la Companies Act: el deber de adoptar decisiones respecto a la mitigación del riesgo climático basadas en el consenso razonable de la comunidad científica, el deber de dar a esta materia el peso apropiado, el deber de adoptar medidas razonables para mitigar los riesgos de la rentabilidad financiera a largo plazo y la resiliencia de Shell en la transición hacia un sistema energético y económico alineado con el objetivo de limitar en 1,5 grados centígrados el calentamiento global conforme al Acuerdo de París del 2015, el deber de adoptar estrategias que razonablemente permitan cumplir a Shell sus objetivos en relación con la gestión del riesgo climático, el deber de asegurar que estas últimas estrategias estén a cargo de los consejeros presentes y futuros de la sociedad y el deber de asegurar que la cotizada adopta todas las medidas necesarias para cumplir sus obligaciones legales.

§ 7. Shell se manifiesta en contra de estos deberes reseñados (que el demandante denomina *incidental duties*) por entender que son formulados de forma vaga y carecen por ello de la concreción necesaria para ser considerados deberes legales de los administradores. En segundo lugar, porque este planteamiento conculca un principio básico del derecho de sociedades en virtud del cual

son los propios consejeros quienes determinan el peso de los factores a los que se refiere la sección 172 en el desarrollo de sus funciones a fin de promover el éxito de la sociedad. En tercer lugar, porque son incompatibles con la naturaleza subjetiva de los deberes formulados en la sección 172 y conllevan una innecesaria e inapropiada concreción del deber de diligencia consagrado en la sección 174 de la Companies Act. El magistrado se manifiesta conforme con los argumentos de Shell: estos «deberes derivados» así formulados imponen obligaciones concretas a los administradores sobre cómo gestionar la empresa, obviando el principio en virtud del cual son los propios administradores, actuando de buena fe, quienes determinan cómo lograr el mejor resultado (el éxito) de la sociedad para beneficio de los accionistas en su conjunto: se trata de decisiones comerciales y los tribunales no están cualificados para imponerlas, excepto en los casos más flagrantes de violación del deber de diligencia.

§ 8. Considera además que esta concreción que realiza ClientEarth de los deberes inherentes al cargo de consejero respecto a la gestión del riesgo de cambio climático no se corresponden con el contenido de la Companies Act y más bien la ONG pretende imponer deberes absolutos sobre cómo han de actuar los administradores en el mejor interés de los accionistas. El impacto en la comunidad y en el medio ambiente de las operaciones de Shell es una cuestión que los consejeros habrán de ponderar, pero su respuesta a los riesgos de negocio relacionados con el cambio climático es parte del proceso de decisión de los consejeros sobre la que no pueden entrar los tribunales, que no pueden actuar como una suerte de consejo de vigilancia respecto a la actuación de los administradores.

§ 9. ClientEarth articula la demanda respecto al incumplimiento del deber de diligencia de los administradores de Shell en tres grupos de materias: por lo que toca al primer grupo, considera que Shell no ha establecido un objetivo

apropiado de reducción de emisiones de dióxido de carbono, de forma que no alcanzaría el volumen «cero emisiones» en el 2050. Entiende que con anterioridad a esta fecha ha de establecerse un objetivo de emisiones absolutas que, a la vista de los acuerdos de la sociedad respecto a determinados objetivos de emisiones de carbono (*carbon intensity targets*), es inadecuado.

§ 10. En cuanto al segundo grupo, la ONG afirma que la estrategia de los consejeros para llegar al nivel de «cero emisiones» carece de base razonable para alcanzarlo y por ello no está alineada con los objetivos del Acuerdo de París en la medida en la que se van a realizar nuevas inversiones en proyectos de combustibles fósiles; además y entre otras alegaciones, ClientEarth considera que es opaca e insuficiente la previsión de Shell respecto a los gastos de inversión en energías renovables. Por otra parte, alega la ausencia de suficientes medidas como para responder rápidamente a los cambios en las condiciones legales y financieras, por lo que la estrategia de la compañía al respecto no es lo bastante sólida.

§ 11. Por lo que respecta al tercer grupo, ClientEarth sostiene que los consejeros no han cumplido con lo dispuesto en la orden del tribunal holandés de 26 de mayo del 2021 que obliga a reducir el 45 % de las emisiones de Shell en el 2030 con respecto a los niveles del 2019; entiende la ONG que la sociedad no ha elaborado un plan para cumplir con este objetivo.

§ 12. En prueba de sus alegaciones, los demandantes, fundamentalmente, aportan declaraciones testimoniales con informes de varios organismos y dictámenes de parte.

§ 13. El magistrado no considera suficientes estas alegaciones como para permitir que la demanda siga adelante. Y ello por varias razones: en primer lugar, cuestiona el peso de la opinión

del principal experto de ClientEarth, de cuyo testimonio no se deduce que los consejeros de Shell gestionen el riesgo de negocio de Shell de forma no razonable; en segundo lugar, destaca la inexistencia de un método universalmente aceptado para reducir las emisiones de dióxido de carbono por parte de las empresas y la circunstancia de que la compañía sí que cuenta con políticas y procedimientos para cumplir con el objetivo de «cero emisiones» en el 2050. No aprecia por ello indicios razonables de incumplimiento del deber de diligencia de los administradores de la cotizada que le permitan autorizar la continuación del proceso contra Shell. Insiste en que el derecho societario respeta la autonomía de las decisiones de los administradores en materia empresarial y su criterio acerca de cómo alcanzar de forma óptima resultados en el mejor interés de todos los socios.

§ 14. En relación con el pretendido incumplimiento por Shell de la resolución del tribunal holandés que le impuso la reducción en un 45 % de sus emisiones en el 2030 respecto a los niveles del 2019, conforme al dictamen pericial, Shell ha de adoptar las medidas pertinentes en un periodo de tiempo razonable. Por otra parte, la jurisdicción extranjera no apreció actuación ilegal por parte de los administradores de Shell y reconoció que entra dentro de su ámbito de competencias el modo en que van a cumplir el contenido de la orden: Shell tiene total libertad para cumplir con su obligación de reducción de emisiones de la manera que considere y para elaborar la política corporativa del grupo según su criterio.

§ 15. Finalmente, el magistrado plantea la cuestión de si la ONG actuaría de buena fe al

pretender continuar con la demanda colectiva o estamos más bien ante un mal uso de este instrumento por parte de la organización para obtener publicidad acerca de ella y de sus fines y objetivos, dado el escaso porcentaje que tiene en el capital social de la cotizada. Bien podría considerarse que su actuación no es «en el mejor interés» de los accionistas en su conjunto, sino que pretende imponer sus puntos de vista y los de otros accionistas vinculados a la iniciativa Climate Action 100+ que han remitido cartas de apoyo a la demanda de ClientEarth y representan aproximadamente el 0,17 % de los titulares de las acciones de Shell. Recuerda además que el apoyo a la Estrategia de Transición Energética presentada por Shell fue del 88,4 % en la junta general del 2021 y del 80 % en la junta del 2022, lo que es un argumento más para rechazar la solicitud de *prima facie*. Ello sin perjuicio de que en la junta general del 2021, el 30,47 % del accionariado apoyara una resolución presentada por el grupo activista Follow This (el 20,29 % en la resolución presentada por este grupo en la junta del 2022): si bien tales hechos demuestran un importante apoyo de la minoría a que la sociedad suministre mayor información a sus socios acerca de su estrategia de transición energética y de las políticas de la empresa para alcanzar sus objetivos medioambientales, esto queda lejos de demostrar el apoyo de dichos socios a la demanda colectiva presentada por ClientEarth.

§ 16. Por todos estos motivos se desestima la solicitud de la ONG de permitir la continuación del proceso contra Shell por incumplir los deberes de diligencia de sus administradores respecto a la estrategia de la compañía para la gestión del riesgo de cambio climático.