

HOW TO INCREASE COMPANIES VALUE BEFORE THE LOCAL GOVERNMENT, INVESTORS, MARKET AND SOCIETY

EXECUTIVE SUMMARY

Focused on the social problems experienced by Latin American countries, especially Chile, Brazil and Colombia—where the members of the research team live and work—we identified certain issues that directly impact the image of companies that develop their corporate purpose in foreign countries (multinational companies).

Justified on political motives and false information abundant in the media, certain groups labeled as "pro-defense" of social causes, present foreign companies as directly responsible for these social unrest phenomena, which in our opinion, is made under fallacious arguments that cause reputational damage to companies. This environment has focused the objective of our work, in the search of identifying the true purposes of these strategic alliances between public and private economic resources for the benefit of the community in general.

We have addressed the environmental, social and economic issues that confront multinational companies with society, together with the image and corporate governance of these companies in order to visualize the important milestones that are in execution. These, as a source of relevant information that allowed us to develop some proposals to contribute to bring the parties together in the consolidation of a solution, with a common purpose, to improve the quality of life of all the members of the community.

The opposition of the communities and the continuous legal actions have truncated the future of mega-projects in Latin America. A company can obtain the environmental permits or licenses required by law, but if the project does not have the acceptance of the community, then there is a real risk of the project being suspended or not executed at all.

In Latin America, these companies must anticipate with conviction the new global paradigm. They have the power to influence society and the environment where they develop and operate projects even more than the Government itself. Among other reasons, because they recruit and train workers, most of which live in the surroundings of the places where the activities are carried out. In other words, many families and local businesses depend every day on the company, creating value together and a sense of belonging with a common purpose.

Accordingly, we believe that multinational companies have a great opportunity to improve their image and perception before the authorities and the governments. For this, efforts in public alliances with the different ministries should be strengthened in order to somehow positively impact society and lead/guide small and medium-sized companies to follow certain standards, policies, protocols, procedures and practices in terms of ESG metrics.

There is plenty of room to improve the rules and procedures for Public Procurement or Public Tenders in order to privilege not only the cheapest bid but also the most

sustainable bid to the extent that participants meet one or more ESG metrics. For this purpose, such companies could set the standard and trend in their own private tenders thus guiding the rest of the companies to the improvement of their own standards and performances.

It is convenient to make visible the economic resources that are regularly paid to the Government as taxes. The community must know how these resources are spent or invested according to the budget items in terms of percentage of GDP. The same applies to the economic resources that, year after year, these companies provide under sustainability initiatives and the capital investments made through the foundations. We see the need to make this information available to the stakeholders as most of the times it does not reach them through official public channels. Therefore, they do not know how the investments improve the quality of life of the communities.

The concept of "Social License" emerges with great power as a solution to develop and execute projects that have a direct impact on the community and the environment. Under this license, political, economic, reputational, legal stability, price fluctuation and other risks that directly affect the execution of a project and the investment of capital are minimized.

Consequently we propose, amongst others, that multinational companies: (i) Adequately inform and spread –in a timely and truthful manner–the positive impacts to the community as a consequence of the execution and implementation of a project in a specific region or zone, thus materializing "a sense of belonging" entrenched in achieving an improvement in their quality of life; (ii) set out clear and understandable standards, policies, protocols, procedures and practices in terms of ESG metrics; (iii) make visible to stakeholders and the community in general the economic resources transferred to the national/local treasury that contribute to improve the quality of life of all members; (iv) implement the achievement of the "environmental license" to develop projects that have a direct impact on the environment and the community.

**CONSIDERACIONES LEGALES SOBRE CÓMO AUMENTAR EL VALOR DE LAS
EMPRESAS ANTE EL GOBIERNO, INVERSIONISTAS, MERCADO Y SOCIEDAD**
**LEGAL CONSIDERATIONS ON HOW TO INCREASE COMPANIES' VALUE BEFORE
GOVERNMENT, INVESTORS, MARKET AND SOCIETY**

CARLOS MIGUEL BUSTOS OÑATE, BRUNA LUISA LESSA DE ALMEIDA,
GIOVANNA PARIZI CAMARGO, JAIRO RIVERA DÍAZ, LINA MARÍA RUIZ
MARTÍNEZ

Paper de investigación para ser presentado en el marco del concurso e-Legal 2020-
2021 del Grupo Enel.

TUTOR: ALI SHAKHTUR SAID

GRUPO ENEL
E-LEGAL 2020-2021
BRASIL – COLOMBIA - CHILE
2021

RESUMEN EJECUTIVO

Centrados en la problemática social que viven los países latinoamericanos, en especial Chile, Brasil y Colombia, donde residen y laboran los integrantes del equipo de investigación, logramos identificar un tema de investigación que, de manera transversal, impacta directamente la imagen de las empresas que desarrollan su objeto social en jurisdicciones extranjeras (empresas multinacionales).

Al amparo de móviles políticos e información falsa que abundan en los medios de comunicación, los grupos contestatarios “pro-defensa” de las causas sociales, presentan a las empresas extranjeras como las directas responsables de estos fenómenos sociales, que en nuestro criterio, son argumentos falaces que causan un daño reputacional a las empresas, este entorno centró el foco de nuestra investigación, en la búsqueda de identificar los verdaderos propósitos de estas alianzas estratégicas de recursos económicos del orden público y privado en beneficio de la comunidad en general.

Abordamos los temas ambientales, sociales y económicos que confrontan a las empresas multinacionales, con la sociedad, aunado, abordamos la imagen y el gobierno corporativo de éstas empresas con el fin de visualizar los hitos importantes que están en ejecución; fuente de información relevante que nos permitió construir en equipo unas propuestas que contribuyan a acercar a las partes en la consolidación de una solución, con un propósito común, lograr mejorar la calidad de vida de todos los asociados.

La oposición de las comunidades y la interposición de acciones judiciales han truncado el futuro de megaproyectos en Latinoamérica, una empresa puede obtener los permisos o licencias ambientales que demande el derecho positivo, pero si el proyecto no cuenta con la aceptación de la comunidad que reside en el lugar donde se va a desarrollar el proyecto se asume el riesgo de que sea suspendido o que no se ejecute.

Estas empresas en Latinoamérica se tienen que anticipar con convicción al nuevo paradigma global. Tienen el poder de influir en la sociedad y el medio ambiente, incluso más que el propio Gobierno, porque reclutan y forman a muchos trabajadores para ejecutar los proyectos, al mismo tiempo, la mayoría de esos trabajadores viven en los lugares donde se ejecutan las obras, en otras palabras, muchas familias dependen cada día de estas empresas, por lo tanto, es una de las formas de crear valor, sentido de pertenencia con un propósito en común, mejorar la calidad de vida de la comunidad.

Se presenta una gran oportunidad para mejorar la imagen de estas empresas ante las autoridades y el Gobierno. Para esto, se debe mantener y repotenciar los esfuerzos en alianzas públicas con los diferentes ministerios con el fin de incidir en la sociedad y guiar a las pequeñas y medianas empresas a seguir ciertos estándares, políticas, protocolos, procedimientos, y prácticas en cuanto a métricas ESG.

Existe un amplio margen para mejorar las reglas y procedimientos de Compra Pública o Licitaciones Públicas con el fin de privilegiar no solo la oferta más económica sino también la más sustentable en la medida en que los participantes cumplan con una o

más métricas ESG; en esto, las empresas podrían marcar tendencia con sus propias licitaciones privadas guiando al resto de las compañías a mejorar sus desempeños en dichos factores para mejorar sus posibilidades en las licitaciones.

Es oportuno visibilizar los recursos económicos que se pagan al Gobierno por concepto de impuestos, la comunidad tiene que saber cómo se gastan o invierten dichos recursos según las partidas presupuestales en términos de porcentaje del PIB, igual proceder con los recursos económicos que, año a año, estas empresas donan para iniciativas de sostenibilidad y las inversiones de capital que se hacen a través de las fundaciones, vemos la necesidad de ampliar esta información a los grupos de interés, con estos recursos se mejora la calidad de vida de los asociados.

Emerge con fuerza el concepto de “Licencia Social” como una solución para lograr desarrollar y ejecutar proyectos que impacten de manera directa a la comunidad y el medio ambiente; al amparo de esta licencia, se minimizan los riesgos de índole político, económico, reputacional, de estabilidad jurídica, de fluctuación de precios, etc., que afectan de manera directa la ejecución de un proyecto y la inversión de capitales.

Proponemos a estas compañías multinacionales, entre otras: (i) Difundir directamente y a través de las empresas colaboradoras el alcance de los proyectos que se van a desarrollar con el fin informar de manera oportuna y veraz los impactos positivos que se lograrían con su ejecución a todos los habitantes que residen en el lugar, de esta manera se logra materializar de manera positiva “un sentido de pertenencia” afianzado en lograr mejorar la calidad de vida de la comunidad; (ii) establecer estándares, políticas, protocolos, procedimientos y prácticas en cuanto a métricas ESG; (iii) visibilizar ante los grupos de interés y la comunidad en general los recursos económicos que se transfieren al fisco nacional que contribuyen de manera eficiente a mejorar la calidad de vida de todos los asociados; (iv) implementar la consecución de la “licencia ambiental” para desarrollar proyectos que impacten de manera directa al medio ambiente y a la comunidad.

CONTENIDO

METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN:	8
I. INTRODUCCIÓN (CARLOS MIGUEL BUSTOS OÑATE)	9
II. ANÁLISIS	11
1. Licencia social (JAIRO RIVERA DÍAZ, LINA MARÍA RUIZ MARTÍNEZ): ..	11
1.1. El caso particular de la expedición de una licencia ambiental en Colombia:	12
1.2. Licencia ambiental – licencia social:	13
1.3. El componente social del proceso de solicitud de expedición de licencias ambientales en Colombia:	14
1.4. Aplicabilidad en Colombia y en países de América Latina de la licencia social:	17
1.5. Experiencias concretas en América Latina – caso en Colombia:	19
2. EL RELACIONAMIENTO CON LA AUTORIDAD (CARLOS MIGUEL BUSTOS OÑATE).	20
3. LA OPTICA DE LOS INVERSIONISTAS Y GOBIERNO CORPORATIVO (BRUNA LUISA LESSA DE ALMEIDA, GIOVANNA PARIZI CAMARGO)	22
3.1. Marco global:	22
3.2. Aplicación del marco global a América Latina:	23
III. ELEMENTOS PARA CONSIDERAR – PROPUESTAS	24
1. DESDE EL COMPONENTE SOCIO AMBIENTAL (JAIRO RIVERA DÍAZ, LINA MARÍA RUIZ MARTÍNEZ):	24
2. DESDE EL COMPONENTE AUTORIDAD-GOBIERNO (CARLOS MIGUEL BUSTOS OÑATE):	25
3. DESDE EL COMPONENTE INVERSIONISTA Y GOBIERNO CORPORATIVO (BRUNA LUISA LESSA DE ALMEIDA, GIOVANNA PARIZI CAMARGO):	26
IV. CONCLUSIONES (TODOS LOS INTEGRANTES)	27
V. BIBLIOGRAFÍA	29
SITIOS WEB CONSULTADOS:	29
ENTREVISTAS REALIZADAS:	29

RESUMEN:

La presente investigación tiene como objetivo encontrar y proponer, desde un enfoque innovador, nuevas ideas sobre cómo incrementar el valor de las empresas multinacionales ante diferentes grupos de interés como gobiernos, inversores, mercado y sociedad, entre otros, considerando un nuevo paradigma del mercado de capitales bajo el entendimiento que es necesario para establecer políticas y estándares ambientales, sociales y de gobernanza, con el fin de maximizar el valor de sus accionistas en el largo plazo.

PALABRAS CLAVE: ESG – Medio Ambiente – Sociedad – Inversionistas – Mercado de Capitales.

ABSTRACT:

The present research and analysis aims to find and propose, from an innovative approach, new ideas on how to increase the value of multinational companies before different stakeholders such as government, investors, market and society, among others, considering a new paradigm of the capital market under the understanding that is necessary to set forth ESG policies and standards, in order to maximize their shareholders value in long term.

KEYWORDS: ESG – Environment – Society – Investor – Capital Market.

METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN:

Este trabajo se ha realizado recurriendo a diversas fuentes como información pública, Informes de Sostenibilidad, noticias online, ponencias académicas y entrevistas a algunos actores de la industria energética. Además, se generaron discusiones e intercambios de ideas muy interesantes y útiles con el fin de llegar a propuestas innovadoras.

I. INTRODUCCIÓN.

Los criterios ESG, se refieren a tres factores de evaluación de la sostenibilidad de una inversión y hace referencia a los aspectos medio ambientales, sociales y de gobernanza. Estos conceptos se vienen desarrollando a partir de 1990 bajo la idea de que los negocios, para ser exitosos, debían concentrarse no solo en los beneficios o rentabilidad, sino también en las personas y el medio ambiente, elementos importantes para evaluar la sostenibilidad de una empresa. Hoy corresponden a la base de la inversión sostenible y responsable.¹

Los criterios medioambientales examinan el aporte y el rendimiento de una inversión en cuanto a los desafíos medioambientales tales como residuos, contaminación, emisiones de gases de efecto invernadero, deforestación y cambio climático, entre otros.

Los criterios sociales abordan el comportamiento de las compañías respecto a las personas y los diversos *stakeholders*, como gestión del capital humano, diversidad e igualdad de oportunidades, condiciones laborales, seguridad y salud, venta inapropiada de productos.

Los criterios de gobierno corporativo evalúan la gestión corporativa y de gobernanza de una empresa entre lo que se puede considerar la remuneración de directivos, prácticas y estrategias fiscales, corrupción y sobornos, transparencia, diversidad y estructura del consejo de administración.

La idea que fundamenta las evaluaciones en torno a los criterios ESG consiste en que las empresas tienen mayor probabilidad de ser exitosas y, en consecuencia, incrementar sus rentabilidades si crean valor para todos sus grupos de interés, entre ellos, empleados, clientes, proveedores y la sociedad en general, incluido el medioambiente. El análisis ESG se centra en el servicio que las empresas prestan a la sociedad y en sus efectos en los resultados actuales y futuros.²

En estrecha relación con los criterios ESG, en el año 2005 la Organización de Naciones Unidas (“ONU”), liderada en esa época por Kofi Annan, convocó a los mayores 20 inversores institucionales de 12 países y expertos del sector de la inversión y de la sociedad civil para conformar el Grupo de Inversionistas y elaborar en conjunto los denominados “Principios para la Inversión Responsable” (“PRI” por sus siglas en inglés), una iniciativa cuyo objetivo principal era lograr una mayor concientización en el rendimiento de las carteras de inversión ya que había que superar la evaluación basada en los factores financieros tradicionales, fundamentalmente porque aspectos no financieros como el cambio climático y los derechos humanos habían cobrado tal importancia a nivel global de manera que podrían tener un impacto directo en el rendimiento de las empresas.³ Los principios presentados son los siguientes:

¹ <https://www.janushenderson.com/es-es/investor/article/what-is-esg-and-why-do-we-care/>

² <https://www.janushenderson.com/es-es/investor/article/what-is-esg-and-why-do-we-care/>

1. Incorporar las cuestiones ambientales, sociales y de gobierno empresarial a los procesos de análisis y adopción de decisiones en materia de inversiones;
2. Incorporar las cuestiones ambientales, sociales y de gobierno empresarial a las políticas y las prácticas;
3. Pedir a los destinatarios de inversiones que hagan pública la información apropiada sobre las cuestiones ambientales, sociales y de gobierno empresarial;
4. Promover la aceptación y aplicación de los principios en la comunidad global de la inversión;
5. Mejorar la eficacia en la aplicación de los principios;
6. Informar sobre las actividades y el progreso en la aplicación de los principios.⁴

Diez años más tarde, la iniciativa de los PRI derivó en un segundo hito, el más relevante en la actualidad, cuando en 2015 todos los Estados Miembros de la ONU adoptaron oficialmente la denominada “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” consistente en un plan para guiar y fomentar acciones en aspectos considerados de importancia crítica para la humanidad y el medio ambiente. La agenda propone 17 “Objetivos de Desarrollo Sostenible” (“**ODS**” o “**SDG**” por sus siglas en inglés) de carácter universal los que requieren esfuerzos y acciones público-privadas que permitan superar la pobreza, la desigualdad y frenar el cambio climático, entre los cuales se contemplan:

1. Fin de la Pobreza
2. Hambre Cero
3. Salud y Bienestar
4. Educación de Calidad
5. Igualdad de Género
6. Agua Limpia y Saneamiento
7. Energía Asequible y No Contaminante
8. Trabajo Decente y Crecimiento Económico
9. Industria, Innovación e Infraestructura
- 10.Reducción de las Desigualdades
- 11.Ciudades y Comunidades Sostenibles
- 12.Producción y Consumo Responsable
- 13.Acción por el Clima
- 14.Vida Submarina
- 15.Vida de Ecosistemas Terrestres
- 16.Paz, Justicia e Instituciones Sólidas
- 17.Alianzas para Lograr los Objetivos

⁴ <https://firstforsustainability.org/es/sustainability/external-initiatives/sustainability-frameworks/united-nations-principles-for-responsible-investment/>

II. ANÁLISIS.

1. LICENCIA SOCIAL.

De manera primigenia nos debemos ubicar en la zona geográfica donde se tiene que desarrollar el proyecto, llegar de manera anticipada al sitio o lugar donde se va a ejecutar la obra con el fin de entender la problemática social de los moradores, habitantes o residentes que residen allí, identificar los grupos de interés, entender sus creencias, percepciones y opiniones.

En ese contexto visualizar la armonización del proyecto a ejecutar con el derecho positivo o consuetudinario vigente, con los arraigos sociales y culturales de sus habitantes, teniendo como referente los impactos positivos y negativos que en materia ambiental se tienen que asumir durante la ejecución y explotación de la obra.

La información que se entregue a la comunidad debe ser clara y transparente, el propósito es generar confianza entre las partes, la licencia social no tiene rango de obligatoriedad normativa, se legitima a través del consentimiento previo, libre, informado y continuo de las comunidades, las decisiones que allí se tomen sobre la conveniencia y/o no conveniencia sobre la ejecución de la obra es la que vale, por eso es muy importante contar con la participación de la comunidad en general.

La licencia social es un acuerdo de voluntades que se mantiene en el tiempo, a través de la aprobación y una aceptación por parte de la comunidad; el concepto de “aprobación” se materializa cuando la comunidad califica de bueno el proyecto y lo considera favorable o positivo y está dispuesta a tolerarlo o consentirlo⁵.

La licencia social es otorgada sobre el lugar donde se va a ejecutar el proyecto acreditando el cumplimiento de los siguientes componentes normativos:

Legitimidad Social:

Es el reconocimiento y la aceptación de las normas sociales, culturales, formales e informales, legales o consuetudinaria aceptadas por la comunidad, sobre las cuales, de manera conjunta se construyen las “reglas de juego” de carácter Local para la presentación, socialización y ejecución del proyecto; este componente normativo se debe garantizar de manera previa o anticipada a la radicación de la solicitud de aprobación y expedición de la Licencia Ambiental ante la autoridad Ambiental competente.

Para el ejecutor del proyecto es importante lograr que todos los miembros de la comunidad asuman el compromiso de divulgar la información acerca del proyecto al amparo de las normas locales, se trata de generar en la comunidad un sentido de pertenencia sobre la obra a ejecutar.

⁵ Consultado el siguiente enlace. Fecha última consulta 24-09-2021.
https://socialicense.com/definicion_spanish.html

Credibilidad:

Identificados los impactos negativos y positivos que se causan en materia ambiental con la ejecución del proyecto, las partes deben prever de manera conjunta las acciones de mitigación y los beneficios que se esperan a favor de la comunidad y el desarrollo de la región; se debe establecer y mantener acuerdos formales entre las partes donde a través de reglas claras, roles, responsabilidades definidas y consolidadas, todas de manera negociada.

El cumplimiento de estas reglas robustece día a día este componente normativo y lo mantiene vigente en el tiempo, soportado en sendos documentos escritos de fácil entendimiento y comprensión, que permita a las partes hacer seguimiento y control.

Confianza:

Para el ejecutor del proyecto es importante ir más allá de los compromisos o acuerdos logrados con la comunidad, este componente normativo se va consolidando a través de las experiencias compartidas, es crear oportunidades de cooperación y colaboración no solo en la ejecución del proyecto, es importante acompañar a la comunidad en la solución de los problemas que afrontan en su región, siempre y cuando estén a su alcance y los pueda ejecutar, el cumplimiento de estas acciones solidifica la confianza entre las partes.

En Colombia el concepto de “Licencia Social” no está reglado, su cumplimiento, no está enlistado en los requisitos exigidos para la expedición de una Licencia Ambiental a instancia de una autoridad del orden Nacional o Regional.

Lo anterior, no prohíbe o restringe a las empresas para que no lo adopte, sería muy importante para grandes empresas adoptar este trámite de cara a la ejecución de sus proyectos y estrategias previstos a corto, mediano y largo plazo.

1.1. La expedición de una licencia ambiental en Colombia:

La licencia Ambiental⁶ es una autorización emanada de la autoridad Ambiental competente para realizar un proyecto, que de acuerdo con la normatividad vigente puede causar impactos negativos a los recursos naturales renovables, o al medio ambiente, o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje.

Esta autorización le impone al ejecutor del proyecto la carga de cumplir todos los requisitos, términos, condiciones y obligaciones previstas por la autoridad ambiental en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, debidamente autorizadas.

A nivel nacional⁷ la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA “es la encargada de que los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento,

⁶ Decretos 2820 de 2010, 2041 de 2014 y 1076 de 2015 Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible – Licencias Ambientales

⁷ Artículos, 2, 8, 11, 37, 40, 49, 50, 63, 66, 67, 79, 80, 81, 82, 95, 215, 226, 268, 277, 289, 300, 310, 313, 330, 331, 332, 333, 334, 340, 360 y 366 Constitución Política 1991

permiso o trámite ambiental cumplan con la normativa ambiental, de tal manera que contribuyan al desarrollo sostenible del País”.

Las autoridades competentes para otorgar una licencia ambiental en Colombia son el Ministerio del Medio Ambiente y las Corporaciones Autónomas Regionales; para su expedición, se debe presentar el proyecto ante la autoridad ambiental allegando el formulario único de licencia ambiental debidamente diligenciado para su respectiva aprobación. Existen tres modalidades de licencias:

Ambiental Ordinaria: requisito para cualquier obra o proyecto que genere deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente y modificaciones considerables o cambios notorios al paisaje.

Ambiental Única y Ambiental Global: Para el otorgamiento de autorizaciones, permisos o concesiones para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables.

1.2. Licencia ambiental – licencia social:

Si analizamos los conceptos de “Licencia Social” y de “Licencia Ambiental” teniendo como referencia su alcance podemos decir que son semejantes, ahora bien, si tenemos como referencia el trámite y su aprobación, encontramos que son diferentes, como se explica.

Respecto a su alcance, la “Licencia Social” y la “Licencia Ambiental” tienen que ver con el otorgamiento de una autorización, permiso o concesión de uso, aprovechamiento o movilizaciones de recursos naturales.

Respecto a su trámite y su aprobación, tenemos que precisar que la “Licencia Social” no tiene rango de obligatoriedad normativa y es otorgada por la comunidad que habita el lugar donde se va a ejecutar el proyecto; la “Licencia Ambiental” si tiene rango de obligatoriedad normativa y es otorgada por la Autoridad Ambiental competente del orden Nacional o Regional en Colombia.

Respecto a su vigencia, tenemos que precisar que la “Licencia Social” presentan un riesgo de índole social, una vez aprobada y aceptada por la comunidad su permanencia en el tiempo se soporta en el grado de confianza y credibilidad cimentada por las partes intervinientes en el proyecto; la “Licencia Ambiental” presenta un riesgo de índole legal, los actos administrativos expedidos por la autoridad ambiental competente durante su trámite y otorgamiento de una Licencia Ambiental son susceptibles de ser demandados, mediante la interposición de una Acción Constitucional “Acción de Tutela⁸” para precaver la trasgresión de un derecho fundamental de rango Constitucional o mediante la interposición de un medio de control “Nulidad y Restablecimiento del Derecho⁹” ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa competente, una vez en firme el Acto Administrativo.

⁸ Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000 Congreso de la República – Desarrolla el artículo 86 de la Constitución Política 1991 y consagra la Acción de Tutela para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales individuales.

⁹ Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Estas acciones judiciales son utilizadas por las Veedurías Ciudadanas¹⁰ legalmente constituidas en salvaguarda de los recursos naturales a nivel Nacional, Regional o Local, su propósito está fundado en truncar, suspender e impedir el otorgamiento de una Licencia Ambiental, adicionalmente, interponen acciones populares¹¹ y participan de manera activa a través de los mecanismos de participación ciudadana¹², focalizan su protagonismo en alcanzar la aceptación de la comunidad afectada, en desmedro a toda costa de la empresa encargada de ejecutar el proyecto.

1.3. El componente social para la expedición de una licencia ambiental en Colombia:

Es visto por los autores desde diferentes perspectivas, como un instrumento dirigido a imponer límites a la explotación de los recursos naturales para prevenir su desaparición o para reducir los efectos negativos de los proyectos a desarrollar o como una autorización para la utilizar tales recursos hasta agotarlos, siendo más bien una *“medida de apropiación de los ecosistemas”*¹³.

Esta segunda visión considera que el sistema de licenciamiento ha sufrido cambios dirigidos a flexibilizar los procesos, reducir las actividades y proyectos que requieren autorización, así como aumentar la eficiencia en los trámites¹⁴.

En Colombia, los trámites de solicitud de expedición de licencias ambientales y/o modificación de instrumentos de manejos ambientales están reglados en el Decreto 1076 de 2015, el cual, entre otros múltiples aspectos, establece a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- como el ente encargado de velar porque los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento, permiso o trámite ambiental.

De acuerdo con reconocidos académicos¹⁵, los proyectos de licenciamiento ambiental deben ser vistos como un acto jurídico complejo que integra dos dimensiones con igual peso y/o importancia. De una parte, un licenciamiento ecosistémico, esto es, que se refiere o tiene que ver con la licencia ambiental propiamente, y otro social, que involucra los aspectos relacionados sociales, económicos y culturales derivados de la afectación, participación e involucración de los pueblos y comunidades asentados en los territorios donde se desarrollarán los proyectos.

Como es sabido, Colombia es un territorio multicultural y diverso, integrado por múltiples comunidades con usos y costumbres propios, cuyo reconocimiento y protección está contemplado en el artículo 7º de la Constitución Política de 1991¹⁶, así

¹⁰ Ley 850 de 2003 Congreso de la República – Veedurías Ciudadanas

¹¹ Ley 472 de 1998 Congreso de la República – Acciones Populares y de Grupo

¹² Ley 134 de 1994 Congreso de la República – Mecanismos de participación ciudadana

¹³ Rojas, D. (2013). Licencias ambientales en Colombia: “límites o autorizaciones para el uso de los recursos naturales”. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Mesa, G. (2021). Entrevista. Disponible en el siguiente enlace:

<https://drive.google.com/file/d/1RjyKELUmcuGB3C56S2C3AtMCBFBRvSQ/view?usp=sharing>

¹⁶ ARTICULO 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana.

como la garantía de trato igualitario y no discriminación previsto en el artículo 13 de la misma obra¹⁷.

Al respecto, la academia ha escrito lo siguiente:

“Los proyectos objeto de licenciamiento ambiental no solo afectan la función ecológica que tienen los ecosistemas, sino que también afectan a la población local, población indígena, raizal, palenquera y afrocolombiana que en estos habitan; por lo que los impactos de las licencias ambientales tendrán un importante componente de impactos sociales, económicos y culturales dado que la subsistencia de estos pueblos y comunidades dependen de los ciclos naturales y de interrelación con los territorios ancestrales. El área reconocida como resguardos corresponde al 27% (30.571.640 Ha) de la superficie continental del país y la de los consejos comunitarios corresponde al 12% (5.000.000 Ha) (Asociación Ambiente y Sociedad, 2013)”¹⁸.

Así las cosas, para concretar el reconocimiento y las garantías de participación, información y trato igualitario de los pueblos y comunidades, el ordenamiento jurídico colombiano prevé, en el artículo 79 de la Constitución Política de 1991, como derecho de las comunidades étnicas y/o pueblos indígenas, el de participar en la toma de decisiones en el marco de proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, con miras a proteger su identidad cultural, social y económica, lo cual se concreta a través de un mecanismo denominado “consulta previa”.

La fundamentación de dicho procedimiento se remonta al derecho que tienen todos los pueblos de decidir sus propias prioridades, en la medida en que los procesos de desarrollo afecten su vida, creencias, instituciones, bienestar, espiritualidad y las tierras que habitan u ocupan, así como de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente, consagrado en el artículo 7 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- sobre los pueblos indígenas y tribales¹⁹. El numeral 3º del citado Convenio, establece expresamente que:

“Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los

¹⁷ ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

¹⁸ Rojas, D. (2013). Licencias ambientales en Colombia: “límites o autorizaciones para el uso de los recursos naturales”. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

¹⁹ Artículo 7. 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

Sobre la categoría de derecho suprallegal de la consulta previa, la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia SU-039 de 1997, dijo que:

“[L]a explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación”.

“De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”.

Otros autores van más allá y sostienen que la consulta previa debe hacerse respecto de todos los ciudadanos afectados en el área de influencia de un proyecto, dado que sus impactos afectan a la sociedad en general²⁰.

De lo dicho hasta ahora se desprende que, en el estado actual de las cosas en Colombia, no existe como tal un procedimiento de licenciamiento social, diferente, paralelo o separado del proceso de licenciamiento ambiental, sino más bien, el trámite de solicitud expedición de licencias ambientales prevé o debe prever dos (2) dimensiones iguales, una propiamente ecosistémica y otra relacionada con los aspectos económicos, sociales y culturales, que se concreta en la licencia previa como garantía de efectividad del derecho de participación y consulta de las comunidades étnicas, raizales, indígenas, afrocolombianas, entre otras, consagrado en la Constitución Política de 1991 para propender, por una parte, por el enteramiento, participación activa y toma de decisiones en los trámites de licenciamiento ambiental de esta población, en tanto que los proyectos pueden impactarles en su territorio, creencias, bienestar y vida en general y, por otra, contribuir a la protección y conservación del ambiente.

Resta por señalar, con apoyo en la entrevista dada por el Profesor. Dr. Gregorio Mesa Cuadros, la cual apoya esta parte del escrito, que el acto jurídico denominado “consulta

²⁰ Rojas, D. (2013). Licencias ambientales en Colombia: “límites o autorizaciones para el uso de los recursos naturales”. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

previa” no debe ser visto únicamente como un requisito de procedibilidad por cumplir en el marco de la solicitud de expedición de licencias ambientales, puesto que, los Estados, las autoridades ambientales competentes y los dueños de proyectos ambientales, deben ver integralmente el asunto, esto es, las dos dimensiones del licenciamiento ambiental, a la par que darle la importancia debida a la dimensión social, que tiene significados diferentes para el Estado, las autoridades y los particulares, frente a la concepción que sobre ello mismo pueden tener las comunidades, personas, pueblos, sociedades tradicionales, campesinas e indígenas, máxime en el contexto de marginación y desigualdad que caracteriza históricamente a Colombia que impone atender y satisfacer de la mejor manera sus justas demandas.

Aunado a lo anterior, la consulta previa debe hacerse con pleno respeto de los usos y costumbres de cada comunidad según se trate, esto es, al menos, en su idioma y por intermedio del representante autorizado o la totalidad de personas que según cada comunidad deban dar su consentimiento, de manera que no se reduzca la consulta previa a un documento, sino que se conciba como un acto jurídico complejo que debe surtir los procedimientos constitucionales y legales específicos para que surta efectos jurídicos vinculantes.

1.4. Aplicabilidad en Colombia y en países de América Latina de la licencia social:

La creciente ola de protesta social en América Latina, en países como Chile, Ecuador y Colombia es una señal clara de empoderamiento de las comunidades que reclaman una mayor igualdad y una justicia social.

Las grandes empresas extranjeras que invierten su capital para gestar negocios en explotación minera, forestal, pesquera, generación y comercialización de energía, entre otras, enfrenta innumerables riesgos de índole político, económico, jurídico, de fluctuación de precios, pero el principal de ellos es no tener una “Licencia Social” para ejecutar y explotar el proyecto, de vital importancia para garantizar desarrollar la actividad comercial en el tiempo.

En la actualidad, la oposición de las comunidades locales materializada a través de la protesta y los recursos judiciales han truncado el futuro de megaproyectos en Chile, Uruguay, México y Guatemala, entre otros, una empresa en América Latina puede obtener todos los permisos y/o las licencias ambientales que demandan las normas vigentes en cada país, pero si el proyecto no cuenta con la aceptación de la comunidad local, si el proyecto no cuenta una “Licencia Social” corre el riesgo de ser suspendido.

Si las empresas logran obtener de manera previa una “Licencia Social” y mantienen durante la ejecución de la actividad comercial el apoyo de la comunidad Local logran en favor de sus empresas ahorrar tiempo y dinero.

Es importante generar resultados e impactos en la comunidad Local, entre otros, crear bienestar para la sociedad y mejoramiento de las condiciones de vida de los habitantes que residen a nivel Local, el beneficio debe ser mayor que los costos sociales y ambientales que recibe el territorio donde se desarrolla el proyecto, apoyar la financiación de la solución a grandes necesidades, etc.

En Colombia²¹ estos indicadores de impacto deben estar proyectados con base en las propuestas estatuidas en el Plan Nacional de Desarrollo Nacional y los Planes de Desarrollo Departamental y Municipal, con el fin de lograr la unificación de sinergias y recursos que garanticen la materialización de objetivos a favor de las comunidades locales en un corto, mediano o largo plazo, es importante mantener en el tiempo la confianza y la credibilidad al interior de las comunidades que garanticen la permanencia en el tiempo de la licencia social.

Como se dijo en líneas anteriores, en Colombia no existe como tal un procedimiento de licenciamiento social, diferente, paralelo o separado del proceso de licenciamiento ambiental, pero, si se contempla una dimensión social dentro del trámite de solicitud de expedición de licencias ambientales que involucra aspectos sociales, culturales y económicos y que se concreta en el derecho de consulta previa de las comunidades y pueblos originarios.

En otros países como Perú, actividades de gran impacto ambiental como la mediana y gran minería, deben tener como requisito previo e indispensable la obtención de una licencia social, a partir de la participación ciudadana como parte del Estudio de Impacto Ambiental (EIA), el cual contempla la intervención de los pobladores que habitan los territorios del área de influencia directa e indirecta, y que es diferente de la consulta previa obligatoria para actividades extractivas cuando se involucren comunidades campesinas y nativas en el área de influencia directa²².

En Perú, entonces, si existe una diferencia entre la consulta previa obligatoria y la licencia social. Así lo reconocen algunos autores, al señalar que:

“La consulta está contemplada en el Perú como un derecho exclusivo de los pueblos indígenas, para ser exactos, comunidades campesinas y nativas, quienes lo ejercen en momentos previos a la aprobación de un proyecto de inversión (concesión), en la medida en que pueda afectarles directamente. Por el lado de la licencia social, incluye a cualquier comunidad, independientemente de que sea indígena, así como a otros grupos de interés, y tiene efectos tanto antes como con posterioridad a la instauración de un proyecto de inversión”²³.

No obstante, lo anterior, los mismos autores señalan que la idea de participación de la licencia social es muy reducida, porque no toca con las discusiones sobre la pertinencia de los proyectos, y porque es el propio inversionista o dueño del proyecto quien propone el plan de participación en donde el concepto de “opinión comunitaria” es meramente enunciativo o ambiguo, de manera que más bien responde a las necesidades de las empresas²⁴.

²¹ Decreto 2811 de 1997 Presidencia de la República de Colombia, Código Nacional de los recursos naturales renovables y de protección al medio ambiente

Ley 99 de 1993 Presidencia de la República – Creación del Ministerio de medio ambiente y desarrollo sostenible

²² Consultado el siguiente enlace. Fecha última consulta 24-09-2021:

<https://encuentro.pe/actualidad/destacadas/licencia-social-y-consulta-previa-serian-obligatorias-para-la-mineria/>

²³ Consultado el siguiente enlace. Fecha última consulta 24-09-2021:

<https://www.servindi.org/actualidad/55492>

²⁴ Ibid.

Además, también diferencian entre la licencia social y la licencia ambiental, entendiendo la última como el título formal y regulado para la aprobación por parte de las autoridades competentes para proyectos en esa materia, y la licencia social como *“un instrumento informal que refleja la aprobación continua o amplia aceptación de la comunidad local y otros grupos de interés a un proyecto de inversión”*²⁵.

1.5. Experiencias concretas en América Latina – caso en Colombia:

En el marco de su objeto social, grandes empresas con negocios y operación en Colombia se proponen desarrollar múltiples proyectos de energía, minería o similares.

El objetivo de las compañías es satisfacer, entre otras múltiples, las siguientes necesidades: **(i)** tratándose de empresas prestadoras de servicios públicos, prestarlos a un número de personas cada vez mayor; **(ii)** contribuir al desarrollo de los Planes Parciales de Renovación Urbana y de Desarrollo Locales, Municipales, Distritales y Nacionales; **(iii)** apoyar otros proyectos que necesitan de su participación para su funcionamiento o apalancamiento.

Para el desarrollo de sus iniciativas, las empresas tramitan y consiguen los diferentes permisos o autorizaciones urbanísticas y demás exigidas, así como las licencias ambientales obligatorias, cumpliendo con todos los requisitos contemplados por la normatividad colombiana para dichos trámites. Aunado a lo anterior, las compañías implementan políticas de Creación de Valor Compartido, las cuales permiten la integración de temas sociales, económicos y ambientales y reúnen las necesidades, perspectivas e intereses de las comunidades y autoridades locales de las zonas de influencia, con miras a desarrollar proyectos e iniciativas que generen beneficios comunes a todas las partes involucradas.

Pese a lo anterior y a que durante todo el trámite de solicitud y expedición de las licencias ambientales, e inclusive en la actualidad en el contexto de la pandemia, las empresas cumplen con el postulado del artículo 79 de la Constitución Política Colombiana de 1991 en el sentido de garantizar los derechos fundamentales al debido proceso, contradicción y/o defensa, publicidad, igualdad y participación, mediante múltiples espacios presenciales y no presenciales de discusión y socialización con la comunidad de las áreas de influencia, órganos de la administración local y distrital y demás entes de control, es común y constante encontrar férreas oposiciones por parte de las comunidades al desarrollo de megaproyectos.

Lo anterior, pese a que las compañías procuran garantizar todos los espacios de comunicación; el flujo de información oportuna, clara y transparente durante todas las etapas de los proyectos; canalizar y atender las inquietudes de todos los interesados, generando mecanismos de respuesta oportuna y a profundidad; recibir y analizar todas las recomendaciones expuestas por los diferentes grupos de interés, creando procesos de concertación para atender las necesidades e intereses de las comunidades frente a las dimensiones técnicas, ambientales y legales del proyecto; y establecer canales y mecanismos de contacto directo de las personas con la empresa que permitan ofrecerles respuestas oportuna a sus requerimientos.

²⁵ Ibid.

Para expresar su oposición, las comunidades promueven múltiples acciones judiciales y no judiciales. Entre las primeras se encuentran acciones constitucionales populares por la supuesta vulneración de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, moralidad administrativa, seguridad y salubridad públicas, entre otros contemplados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998 y, entre las segundas, múltiples actuaciones encaminadas a impedir que las grandes empresas se acerquen a la comunidad, así como a frustrar los espacios de socialización e inclusive denunciar su descontento a través de medios de comunicaciones locales y nacionales, afectando la reputación y buen nombre de las compañías.

Para hacerles frente, las empresas presentes en Colombia diseñan diferentes planes de atención desde las áreas jurídica, técnica y de comunicación y relacionamiento con los clientes, dirigidas a mitigar los riesgos asociados a la oposición de los proyectos, lograr la comunicación efectiva y asertiva con las comunidades y llevar a buen término la construcción de sus megaproyectos.

Como puede verse, los grandes proyectos de energía, minería o similares pueden encontrar múltiples riesgos relacionados con aspectos sociales, económicos y culturales de las comunidades que habitan u ocupan los territorios rurales o urbanos donde se pretenden desarrollar, ante lo cual, las empresas interesadas debe procurar una estrategia clara, efectiva y contundente que garantice la ejecución de estos, a la par que atienda de manera cercana las necesidades, inquietudes e inconformidades de una población caracterizada por su desconfianza y recelo frente a proyectos que impacten el ambiente y su cotidianidad.

Además, dichas compañías tienen la importante misión de ganar y mantener la confianza de sus clientes y de la comunidad en general, sobre todo en países tan diversos y multiculturales como los de la región de Latinoamérica y América del Sur, más aún en el contexto climático y ambiental actual. Todo ello redundará en el bienestar de todos y todas y, por supuesto, en el logro de los objetivos de negocio de las empresas.

Más adelante en este documento ahondaremos en las propuestas de mejora frente a estos aspectos sociales, con base en las reflexiones acá consignadas.

2. EL RELACIONAMIENTO CON LA AUTORIDAD.

Dado que el objetivo clásico de una empresa es satisfacer una necesidad pública y obtener ganancias por ello, esperando aumentar su valor para sus accionistas o propietarios, a partir de 2015 (Acuerdo de París, CMNUCC) existe un consenso entre las grandes empresas globales de que hay otros dos importantes objetivos o aspectos que deben preocuparles: el medio ambiente y los asuntos sociales o comunitarios.

Es decir, hoy en día no basta con obtener beneficios vendiendo un producto o brindando un servicio al cliente para tener éxito en los negocios de manera sostenible si al mismo tiempo las empresas no se preocupan por otros aspectos con diferentes stakeholders (clientes, empleados, inversores, accionistas, comunidad, proveedores, etc.) como el cuidado del medio ambiente durante todo el proceso del negocio o la transparencia en la información sobre su gobierno, política, estrategia, entre otros.

Las grandes empresas tienen el poder de influir en la sociedad y el medio ambiente de diferentes formas, incluso más que el propio Gobierno, porque reclutan y forman a muchos trabajadores, contratan con multitud de proveedores para los diferentes proyectos y al mismo tiempo la mayoría de los trabajadores de estos proveedores o los contratistas o subcontratistas viven en los lugares o comunidades en las que se desarrollan los proyectos, en otras palabras, muchas familias dependen cada día de las empresas mucho más que los consumidores o los clientes, por lo tanto, es hora de darse cuenta que los negocios no se tratan solo de beneficios económicos, o al menos no son sostenibles en el largo plazo con esa mirada, existiendo otras formas de crear valor.

Teniendo en cuenta lo anterior, creemos que existe una oportunidad para que las empresas mejoren su relacionamiento con la autoridad y así su imagen ante los Gobiernos, como viene haciendo hasta ahora, si mantiene y refuerza los esfuerzos en alianzas públicas con los diferentes ministerios con el fin de incidir en la sociedad y guiar a las pequeñas y medianas empresas a seguir ciertos estándares, políticas, protocolos, procedimientos, y prácticas en cuanto a métricas ESG.

Otra idea al respecto podría ser aprovechar el pago de impuestos al Gobierno y mostrar a la comunidad cómo se gastan dichos impuestos según las partidas del presupuesto público en términos de porcentaje del PIB. En la actualidad, muchas empresas están mostrando el monto total de impuestos que está pagando en sus Informes de Sostenibilidad de cada filial del grupo, pero creemos que es posible ir más allá en este tema si se incluye más detalles para una mejor información de los grupos de interés. Lo mismo aplica para el dinero que, año a año, las empresas donan para iniciativas de sostenibilidad y como esa cantidad se relaciona con el monto que se paga por impuestos.

Desde otro punto de vista, en ciertos casos, podría ser un desafío ir más allá de la simple aplicación de la ley, por ejemplo en las relaciones con los subcontratistas, porque sabemos que en muchos países no existe una obligación legal para el mandante de pagar o solucionar deudas con subcontratistas que el contratista haya dejado impagas, no obstante si las empresas crearan un mecanismo contractual para prevenir esta situación mejoraría la imagen de la empresa al mismo tiempo que ayudaría a las economías locales en las que se están desarrollando los proyectos; una solución podría ser el servicio de factoring para subcontratistas. Adicionalmente, la capacitación que se pueda realizar a dichos pequeños y medianos empresarios subcontratistas respecto de cómo mejorar sus contratos para resguardar debidamente sus derechos y cobro de servicios sería una ayuda para la mejor gestión contractual de los proyectos en construcción, debido al gran nivel de subcontratación con que actualmente se construyen proyectos de energía y que en muchas ocasiones causan paralizaciones o sobrecostos debido a falta de pagos comprometidos.

Una alternativa distinta de entender la relación entre el Gobierno y empresas podría ser desde la óptica geopolítica, esto es, existen determinados lugares geográficos apartados o con baja población donde la administración del Estado no llega, o bien lo hace tardíamente y no prestando un buen servicio público, como sucede muchas veces con situaciones como incendios forestales, nevazones, aluviones, control de fronteras, etc. donde a veces las grandes empresas ubican sus grandes proyectos,

como sucede en la minería o con las centrales de generación eléctrica, muchas de las cuales se ubican en zonas desérticas; creemos que aquí hay una gran oportunidad para que las empresas puedan cumplir un rol de estrecha colaboración con los Gobiernos, como sucede en la práctica, pero tal vez de una manera informal. Sería oportuno revisar las legislaciones de los países sobre la materia para que, en virtud del principio de subsidiariedad, los Gobiernos puedan delegar determinadas funciones públicas en las empresas en aquellas zonas lejanas de difícil acceso de manera que las comunidades no queden marginadas de determinados servicios públicos o bien se pueda ir en su ayuda con mayor eficacia en situaciones de emergencia. En la medida que esta colaboración o delegación de funciones se haga con transparencia y reglas claras, las empresas podrían cumplir un importante rol social.

Finalmente, pensamos que existe un amplio margen para mejorar las reglas y procedimientos de Compra Pública o Licitaciones Públicas con el fin de privilegiar no solo la oferta más económica sino también la más sustentable en la medida en que los participantes cumplan con una o más métricas ESG; las compañías podrían marcar tendencia con sus propias licitaciones privadas guiando al resto de las compañías a mejorar sus desempeños en dichos factores para mejorar sus posibilidades en las licitaciones.

3. LA OPTICA DE LOS INVERSIONISTAS Y GOBIERNO CORPORATIVO.

3.1. Marco global

Para proponer ideas innovadoras en materia de ESG vinculadas al gobierno corporativo es fundamental presentar el escenario global actual

Algunas compañías están utilizando instrumentos financieros vinculados a la sostenibilidad a través del lanzamiento de instrumentos de deuda vinculados a la Agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, SDG linked bonds, que son uno de los títulos conocidos como green papers.

Estas emisiones de bonos pueden estar vinculadas a: (i) la capacidad de la empresa de alcanzar metas internas vinculadas a métricas ESG; o (ii) la realización y cumplimiento de proyectos sostenibles. La consecución del objetivo se certificará conforme la naturaleza de los títulos y las respectivas condiciones de cumplimiento.

Sin embargo, si se logra el objetivo, no sólo se beneficiará a las personas y al clima, sino que la empresa será más eficiente y tendrá un perfil de riesgo más bajo.

La ventaja de los bonos vinculados a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (“ODS”) es que proporcionan recursos a cualquier tipo de necesidad de financiación de la empresa, sin limitarse a su aplicación en un proyecto sostenible específico.

A través de esta innovación financiera, las compañías podrán abrir un nuevo mercado mundial de bonos vinculados a la sostenibilidad que influyó en otras empresas en lo que respecta a los objetivos de financiación sostenible.

Reforzando el compromiso global, algunas compañías hacen parte de CFOTaskForce, que es el grupo de jefes de finanzas de las empresas pertenecientes al Pacto Mundial de la ONU que mantiene importantes premisas:

- Promover y medir las contribuciones de las empresas de forma creíble
- Orientar las estrategias empresariales hacia la sostenibilidad
- Diversificar los instrumentos financieros útiles; y
- Garantizar la transparencia y la exactitud de la información.

3.2. Aplicación del marco global a América Latina:

A pesar de globalmente existir la posibilidad de las emisiones de los títulos financieros en materia de ESG, particularmente en la América Latina se enfrentan las peculiaridades de la legislación y la cultura locales, la situación económica actual del país, la estrategia financiera corporativa actual, el nivel de compromiso establecido en los documentos legales corporativos y lo último, pero más importante: ¿Qué grado de conciencia sobre el concepto de ESG tienen los colaboradores de las compañías de energía hoy en día y cómo puede mejorarse?

De esta manera, ejecutivos de las compañías, han resaltado la importancia primordial de crear y difundir la cultura ESG en todas las áreas y niveles con el fin de ejecutar su negocio llevando todos los principios ESG y como reflejo podría ser reconocido como una empresa sostenible a nivel mundial.

Dicho esto, hay algunas medidas corporativas que pueden tomar las empresas en materia de ESG para lograr el objetivo propuesto:

- (i) Revisar la estrategia financiera corporativa para verificar la posibilidad de alinear las mejores oportunidades financieras vinculadas a las métricas ESG;
- (ii) Revisar los documentos corporativos en materia de gobernanza para comprometer a la empresa a nivel de gobierno corporativo;
- (iii) Difundir una cultura ESG en todas las áreas y niveles creando una nueva mentalidad en el flujo de trabajo que permita a los colaboradores introducir ideas, métricas y soluciones vinculadas a ESG en sus actividades diarias;
- (iv) Emisión de informativos asegurados por compañías de auditoría mundialmente reconocidas para garantizar la transparencia y confiabilidad de los datos e informaciones.

En cuanto a la estrategia financiera corporativa, los instrumentos financieros vinculados a ESG todavía están tomando su lugar en comparación con Europa. Habrá que comprobar si al no adoptar una estrategia financiera sostenible, las compañías están perdiendo oportunidades relacionadas principalmente con el aumento de valor de la imagen.

La mayoría de los actores financieros hoy en día están en constante comunicación con el sector privado asesorando al departamento financiero de las empresas y también estructurando productos para permitir soluciones financieras vinculadas a objetivos sostenibles.

En cuanto al Gobierno Corporativo, a pesar del serio compromiso ambiental de algunas compañías, no todas las empresas tienen reglas formales de gobierno que establezcan obligaciones en esta área como se ve en otros países.

De esta manera, para cumplir efectivamente con el marco global de sostenibilidad, las empresas deben revisar las políticas corporativas con el objetivo de establecer reglas que apliquen las mejores prácticas globales.

Además, aparte de la mejora de la imagen ante el marco global, esta iniciativa proporcionará las mejores oportunidades de préstamos financieros, dará un giro a su papel con las comunidades locales y promoverá un desarrollo normativo sustancial en cuanto a los beneficios corporativos vinculados a la sostenibilidad.

Por último, pero no menos importante, para que todo lo anterior se lleve a cabo es primordial que la cultura y la mentalidad ESG sean perseguidas e interiorizadas por todas las empresas, departamentos, colaboradores y grupos de interés de las compañías con el fin de ganar efectivamente de las iniciativas sostenibles.

Las compañías deben asumir el compromiso corporativo de crear estrategias para que los colaboradores apliquen los principios ESG en su ámbito personal y en su rutina de trabajo. De este modo, los colaboradores tendrán autonomía y sentido crítico para utilizar la mentalidad ESG en todo el flujo de trabajo, ampliando el alcance de la sostenibilidad que antes estaba restringido al equipo de sostenibilidad.

Actualmente algunas compañías tienen una fuerte posición financiera y sostenible a nivel internacional y una oportunidad real de hacer que su marca esté inmediatamente vinculada a la sostenibilidad.

¿Por qué no aprovechar esta fuerza sostenible para aumentar el valor de las empresas en América Latina que están bastante preparadas para actuar en el sistema ESG?

III. ELEMENTOS PARA CONSIDERAR - PROPUESTAS.

Si bien las propuestas son generalmente comunes a todos los ámbitos estudiados en este trabajo, las hemos dividido en tres para mejor entendimiento:

1. DESDE EL COMPONENTE SOCIO AMBIENTAL:

Es importante que las multinacionales (y grandes compañías en general) consideren el proceso de licenciamiento social desde una perspectiva integral, que incluye dos componentes igualmente relevantes: la dimensión ecosistémica o propiamente ambiental y la social que involucra aspectos sociales, culturales y económicos de las comunidades y personas en las áreas de influencia donde tendrán lugar los proyectos de inversión.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe dar la relevancia e importancia debida al componente social, puesto que, en países latinoamericanos, por una parte, hay una fuerte presencia de comunidades étnicas, indígenas, raízales, campesinas y en

general tradicionales que habitan u ocupan los territorios donde se busca desarrollar proyectos de envergadura, y por otra, dicha población ha sido históricamente marginada por las autoridades estatales, de manera que constantemente reclaman la reivindicación de su identidad y el respeto de sus derechos, su participación y poder decisorio en el marco de tales proyectos.

Si dichas empresas logran acercarse verdaderamente a las comunidades, podrán generar y mantener sólidos lazos de confianza entre ellos y la empresa que le permitan materializar la política de valor compartido y el logro de los objetivos de desarrollo sostenible respectivos.

Para tal fin, se sugieren, entre otras, las siguientes acciones: **(i)** llegar anticipadamente al territorio, de manera que, la empresa pueda conocer y tener relación con la comunidad desde mucho antes al inicio del proyecto e inclusive antes de iniciar los trámites legales de licenciamiento, lo cual permitirá que la comunidad se sienta valorada y participe más activamente; **(ii)** investigar los usos y costumbres de la comunidad de que se trate, para acercarse a ellos de manera más asertiva, por ejemplo, comunicarse con ellos en su propio idioma/lengua ancestral a través de intérpretes, intercomunicarse a través de sus representantes legales y legítimos o con la comunidad en general si sus creencias así lo establecen y, en general, reconocer y acoger su diversidad cultural; **(iii)** permitirles a las comunidades participar activa y decisoriamente, logrando consensos entre los intereses de la empresa y de la comunidad que garanticen la buena marcha del proyecto y la efectividad de los derechos de participación e información de las personas, habitantes u ocupantes de los territorios que se puedan ver afectados en su vida, salud, bienes y creencias; y **(iv)** profundizar en el conocimiento ecosistémico y social de cada país, porque con base en dicho conocimiento del territorio, los ecosistemas y los seres humanos que los habitan, se puedan hacer mejor las cosas.

Se debe tener conciencia de que la confianza es un proceso que se construye a lo largo del tiempo y que, en sociedades latinoamericanas, las personas y comunidades constantemente han tenido experiencias concretas negativas con el Estado y los particulares, las cuales les hacen más difícil confiar en grandes empresas a la hora de desarrollar proyectos que intervengan su ambiente y territorio.

Ante dicho panorama, las compañías tienen el reto de ganar la confianza de las personas y comunidades en un proceso que no solo debe ser visto desde el punto de vista jurídico, sino también social y político, que consiste en apoyar permanentemente en el principio orientador de la buena fe las relaciones entre la empresa y las personas o comunidades, actuando siempre con honestidad, asertividad y empatía, a la par que se da cumplimiento a los requisitos y exigencias legales ambientales de cada país.

2. DESDE EL COMPONENTE AUTORIDAD-GOBIERNO:

Proponemos establecer un set de principios que sean públicos y que ratifiquen este comportamiento en forma de un set o decálogo de comportamientos y procesos acorde también con las conductas éticas de la empresa. Principios como la transparencia total, colaboración con los gobiernos centrales, regionales y comunales, mínimos de sostenibilidad y otros que aún falta mostrar a todo nivel.

En virtud del principio de subsidiariedad, los Gobiernos puedan delegar determinadas funciones públicas en las empresas en aquellas zonas lejanas de difícil acceso de manera que las comunidades no queden marginadas de determinados servicios públicos o bien se pueda ir en su ayuda con mayor eficacia en situaciones de emergencia. En la medida que esta colaboración o delegación de funciones se haga con transparencia y reglas claras, las empresas podrían cumplir un importante rol social.

Existe un amplio margen para mejorar las reglas y procedimientos de Compra Pública o Licitaciones Públicas con el fin de privilegiar no solo la oferta más económica sino también la más sustentable en la medida en que los participantes cumplan con una o más métricas ESG; en esto muchas empresas podrían marcar tendencia con sus propias licitaciones privadas guiando al resto de las compañías a mejorar sus desempeños en dichos factores para mejorar sus posibilidades en las licitaciones.

3. DESDE EL COMPONENTE INVERSIONISTA Y GOBIERNO CORPORATIVO:

Algunas propuestas en este ámbito son las siguientes:

La creación de Comités de Sostenibilidad que establecen en sus estatutos compromisos corporativos específicos en cuanto a la consecución de los objetivos ESG,

Garantizar la transparencia y la exactitud de la información de sus informaciones financieras. Incorporar los principios en la regulación interna que sea pública para todos. Puede ser en estatutos y los demás documentos legales corporativos en materia de gobernanza para comprometer a la empresa a nivel de gobierno corporativo,

Exigencia demostrable a contratistas y subcontratistas y toda empresa que se relacione con la compañía de cumplir con principios ESG,

Difundir una cultura ESG en todas las áreas y niveles y crear una nueva mentalidad en el flujo de trabajo que permita a los colaboradores de introducir ideas, métricas y soluciones vinculadas a ESG en sus actividades diarias.

Es primordial que la cultura y la mentalidad ESG sean perseguidas e interiorizadas por todas las empresas, departamentos, colaboradores y grupos de interés de la compañía con el fin de ganar efectivamente de las iniciativas sostenibles.

Las empresas deben asumir el compromiso corporativo de crear estrategias para que los colaboradores apliquen los principios ESG en su propia vida y en su rutina de trabajo.

IV. CONCLUSIONES.

1. Las compañías en Latinoamérica se encuentran en distintos grados de avance con respecto a la comprensión y adopción real de principios ESG.
2. La presente investigación ha permitido generar discusión y análisis crítico, desde una mirada local en el contexto geográfico y cultural de América Latina, respecto a la importancia de incorporar las métricas ESG en el desarrollo de negocios y proyectos en la región para lograr la creación de valor sostenible en el largo plazo para todos los stakeholders (inversionistas, accionistas, comunidad, gobierno, proveedores, clientes, etc...), lo que tradujo en diversas propuestas en materia ambiental, de relacionamiento con la autoridad y desde la mirada de los inversionistas y gobierno corporativo.
3. En materia medio ambiental, proponemos considerar el proceso de licenciamiento social desde una perspectiva integral, que integra dos componentes igualmente relevantes: la dimensión ecosistémica o propiamente ambiental y la social que involucra aspectos sociales, culturales y económicos de las comunidades y personas en las áreas de influencia donde tendrán lugar los proyectos de inversión. Se debe dar relevancia al componente social puesto que en países latinoamericanos hay una fuerte presencia de comunidades étnicas, indígenas, raízales, campesinas y en general tradicionales que habitan u ocupan los territorios donde se busca desarrollar proyectos eléctricos -ambientales, población ha sido históricamente marginada por las autoridades estatales.
4. Si se logra un acercamiento real con dichas comunidades, se podrá generar y mantener sólidos lazos de confianza entre ellos y las empresas que permitan materializar la política de valor compartido y el logro de los objetivos de desarrollo sostenible respectivos. Se sugieren, entre otras, las siguientes acciones: **(i)** llegar anticipadamente al territorio, **(ii)** investigar los usos y costumbres de la comunidad de que se trate, **(iii)** permitirles a las comunidades participar activa y decisoriamente, logrando consensos entre los intereses de la empresa y de la comunidad, y **(iv)** profundizar en el conocimiento ecosistémico y social de cada país, porque con base en dicho conocimiento del territorio, los ecosistemas y los seres humanos que los habitan, se puedan hacer mejor las cosas.
5. El proceso para ganar la confianza de las personas y comunidades no solo debe ser visto desde el punto de vista jurídico, sino también social y político, que consiste en apoyar permanentemente en el principio orientador de la buena fe las relaciones entre la empresa y las personas o comunidades.
6. Desde la mirada de la relación con la autoridad, pensamos que hay mucho espacio para avanzar, tomar liderazgos y permear al resto de los actores del mercado para que incorporen en sus procesos y negocios respectivos las métricas ESG. También se podría avanzar en transparentar de manera didáctica al público los desembolsos monetarios que realiza el grupo por concepto de pago de tributos como por donaciones. Finalmente, las empresas pueden adoptar un rol de aliado con los gobiernos desde una mirada geopolítica en la medida que utilice sus proyectos y plantas en operación como una plataforma de asistencia y colaboración en la

realización y prestación de determinados servicios públicos cuándo éstos no llegan oportunamente a la población que se encuentra alejada de los centros urbanos, aquí nos referimos por ejemplo a la colaboración en la mantención de caminos, control de incendios forestales, manejo de residuos, utilización de instalaciones y campamentos, fomento del turismo, asistencia médica, etc.

7. Para que las empresas se puedan financiar a través de la emisión de *green papers* y se destaquen como sostenibles, creemos que se podría (i) revisar la estrategia financiera corporativa para verificar la posibilidad de alinear las mejores oportunidades financieras vinculadas a las métricas ESG; (ii) revisar los documentos corporativos para comprometer a la empresa a nivel de gobierno corporativo y crear un comité de sostenibilidad; y (iii) difundir una cultura ESG en todas las áreas y niveles y crear una nueva mentalidad en el flujo de trabajo que permita a los colaboradores introducir ideas, métricas y soluciones vinculadas a ESG en sus actividades diarias. (iv) Emitir informativos asegurados por compañías de auditoría mundialmente reconocidas para garantizar la transparencia e confiabilidad de los datos e informaciones.

V. BIBLIOGRAFÍA.

- Decretos 2820 de 2010, 2041 de 2014 y 1076 de 2015 Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible – Licencias Ambientales
- Artículos, 2, 8, 11, 37, 40, 49, 50, 63, 66, 67, 79, 80, 81, 82, 95, 215, 226, 268, 277, 289, 300, 310, 313, 330, 331, 332, 333, 334, 340, 360 y 366 Constitución Política 1991
- Decreto 2811 de 1997 Presidencia de la República de Colombia – Código Nacional de los recursos naturales renovables y de protección al medio ambiente
- Ley 99 de 1993 Presidencia de la República – Creación del Ministerio de medio ambiente y desarrollo sostenible
- Ley 134 de 1994 Congreso de la República – Mecanismos de participación ciudadana
- Ley 850 de 2003 Congreso de la República – Veedurías Ciudadanas
- Ley 472 de 1998 Congreso de la República – Acciones Populares y de Grupo
- Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000 Congreso de la República – Desarrollan el artículo 86 de la Constitución Política 1991 y consagra la Acción de Tutela para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales individuales.
- Rojas Díaz, Dalí. Licencias ambientales en Colombia: límites o autorizaciones para el uso de los recursos naturales. Universidad Nacional de Colombia Sede Bogotá Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. 2013

SITIOS WEB CONSULTADOS:

- https://socialicense.com/definition_spanish.html
- <https://oncediario.com.ar/2020/08/18/el-concepto-de-licencia-social-su-significado-y-alcance-por-favio->
- <https://encuentro.pe/actualidad/destacadas/licencia-social-y-consulta-previa-serian-obligatorias-para-la-mineria/>
- <https://www.janushenderson.com/es-es/investor/article/what-is-esg-and-why-do-we-care/>
- <https://www.techedgegroup.com/es/blog/por-que-esg-es-importante-para-tu-empresa>
- <https://firstforsustainability.org/es/sustainability/external-initiatives/sustainability-frameworks/united-nations-principles-for-responsible-investment/>
- <https://www.enel.com/>

ENTREVISTAS REALIZADAS:

- Sr. Claudio Espinoza. Consejero Coordinador Eléctrico Nacional, Chile.
- Profesor Dr. Gregorio Mesa Cuadros, disponible en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/file/d/1RJiykELUmcuGB3C56S2C3AtMCFBBrvSQ/view?usp=sharing>