

**Proyecto de Ley No.1043 de agosto de 2023
Que aprueba el Contrato de Concesión Minera celebrado entre El Estado y la
sociedad MINERA PANAMÁ, S.A.**

**COMENTARIOS A CLAÚSULA QUINCUAGÉSIMA
XVIII. COMPOSICIÓN ACCIONARIA**

**Dr. Carlos Barsallo
31 agosto 2023**

XVIII. COMPOSICIÓN ACCIONARIA

“QUINCUAGÉSIMA: Dentro de los treinta (30) días calendarios posteriores a la fecha de la publicación en la Gaceta Oficial de la ley que aprueba el Contrato, LA CONCESIONARIA deberá informar a la Dirección Nacional de Recursos Minerales del Ministerio de Comercio e Industrias su composición accionaria y de su grupo económico. Adicionalmente, LA CONCESIONARIA deberá notificar los cambios a dicha composición accionaria.

El capital accionario de LA CONCESIONARIA deberá emitirse en su totalidad en acciones nominativas. Anualmente, LA CONCESIONARIA presentará a la Dirección Nacional de Recursos Minerales del Ministerio de Comercio e Industrias, una declaración jurada del representante legal o quien delegue la junta directiva de LA CONCESIONARIA en la que certificará el nombre de cada persona natural que sea directa o indirectamente beneficiario final de, por lo menos, el diez por ciento (10%) del capital accionario emitido y en circulación.

En caso de que los beneficiarios finales no puedan ser identificados mediante la participación accionaria, LA CONCESIONARIA deberá presentar una declaración jurada debidamente suscrita por el representante legal o persona autorizada, en la que se detalle el beneficiario o los beneficiarios finales.

Se exceptúan las personas jurídicas de las cuales por lo menos diez por ciento (10%) de sus acciones se coticen públicamente en bolsas de valores de una jurisdicción reconocida por la Superintendencia del Mercado de Valores de Panamá.

A solicitud de LA CONCESIONARIA, esta información podrá ser clasificada como de acceso restringido, de acuerdo con las disposiciones sobre transparencia, acceso a la información y protección de datos.”

COMENTARIOS

“QUINCUAGÉSIMA: Dentro de los treinta (30) días calendario posteriores a la fecha de la publicación en la Gaceta Oficial de la ley que aprueba el Contrato, LA CONCESIONARIA deberá informar a la Dirección Nacional de Recursos Minerales del Ministerio de Comercio e Industrias su composición accionaria y de su grupo económico. Adicionalmente, LA CONCESIONARIA deberá notificar los cambios a dicha composición accionaria.”

¿Para qué se requiere la información sobre la composición accionaria?

¿Por qué la cláusula quincuagésima del contrato no cumple propósito legal adecuado?

Decreto Ley 23 de 22 de agosto de 1963 publicado en la Gaceta Oficial 15,162 de 13 de julio de 1964.

“Artículo 4.

No podrán obtener concesiones mineras por sí, ni por interpuesta persona, ni podrán ejercerlas o disfrutarlas, ninguno de los que a continuación se mencionan:

1. **Los Gobiernos o Estados extranjeros, ni ninguna entidad o institución oficial o semioficial extranjera, ni las personas jurídicas en las cuales tenga participación directa o indirecta algún gobierno o Estado extranjero;**

2. Los funcionarios o empleados públicos que directa o indirectamente tuviesen el deber de intervenir, por razón de sus funciones, en la adjudicación, operación, o explotación de las concesiones mineras. Esta prohibición, que se extiende al período de un (1) año a partir del momento en que el funcionario cese en sus funciones, comprende así mismo a los cónyuges, padres, hermanos o hijos que dependan o estén bajo la tutela de esos funcionarios o empleados. Sin embargo, esta prohibición no será aplicable a aquellos derechos adquiridos por herencia; y

3. Las personas que estuviesen en mora con el Fisco Nacional con respecto a cualquier pago o tributación referente a alguna concesión minera, a menos que hubiesen instituido una garantía aceptable o que hubiesen depositado a favor del Tesoro Nacional suficiente dinero para satisfacer las deudas.” (SUBRAYADO ES MIO).

Para poder dar verificar que se de cumplimiento a lo indicado en el numeral 1 del artículo citado, en el caso de personas jurídicas, la autoridad competente debe poder **conocer previamente**, si algún gobierno o Estado extranjero tiene participación directa o indirecta en la concesionaria

En cuanto a los numerales 2 y 3, la norma citada no señala expresamente como debe procederse con relación a personas jurídicas en las cuales tengan participación directa o indirecta funcionarios o empleados públicos como los descritos. El concesionario no es directamente el funcionario o empleado público como lo indica el numeral 2. El concesionario es una persona jurídica.

Tampoco señala como debe procederse en el caso de personas jurídicas en las cuales tenga participación directa o indirecta personas que estuviesen en mora con el Fisco Nacional con respecto a cualquier pago o tributación referente a alguna concesión minera. El concesionario no es directamente el moroso como lo indica el numeral 3. El concesionario es una persona jurídica.

Al no indicarse como proceder expresamente, la concesionaria podría, usando personas jurídicas, eludir las prohibiciones de los numerales 2 y 3.

Para evitar esta situación se tendría que levantar el velo corporativo y de esta forma evitar que, mediante el uso de personas jurídicas, personas naturales o jurídicas que no pueden obtener concesiones, las obtengan.

En el caso del numeral 1, por disposición legal expresa, las personas jurídicas en las cuales tenga participación directa o indirecta algún gobierno o Estado extranjero, no pueden obtener una concesión.

En adición a la norma legal exactamente aplicable al caso, la Constitución de Panamá dispone en su artículo 290:

“ Ningún gobierno extranjero ni entidad o institución oficial o semioficial extranjera podrán adquirir el dominio sobre ninguna parte del territorio nacional, salvo cuando se trate de las sedes de embajadas de conformidad con lo que disponga la Ley.”

Para determinar si la norma constitucional es aplicable en este caso concreto se requiere interpretar el concepto dominio y determinar si la concesión minera implica adquirir el dominio.

¿Qué es propiedad y qué es dominio?

“La propiedad y el dominio.

PROPIEDAD: concepto económico-jurídico, tiene sentido objetivo, acentuando la relación de pertenencia de la cosa a la persona, es también la relación jurídica en la que figura como titular el propietario, y como sujetos pasivos, obligados a reconocer sus prerrogativas, el resto de los ciudadanos, a quienes mediante un poderoso aparato de coacción y represión se mantiene imposibilitado de interferir con el disfrute exclusivo del titular privilegio.

Muchas veces se emplea el término “dominio” en lugar de “propiedad”. Entre ambos no hay diferencia de extensión o facultades, sino de puntos de vista.

DOMINIO: es un concepto técnicamente jurídico. Tiene sentido subjetivo, pues implica la potestad que corresponde al titular sobre la cosa.

- **Diferencia entre dominio y propiedad.**

La diferencia consiste en que la palabra propiedad se debe ver desde el punto de vista objetivo como la relación de pertenencia del hombre sobre la cosa mientras que la palabra

dominio se debe ver desde el punto de vista subjetivo como la facultad de uso del hombre sobre la cosa.”

Fuente: Aspectos básicos del derecho de propiedad. Gustavo E. Rodríguez Montero. Iliana de la C. Concepción Toledo. 2011.

Conclusiones:

La información sobre la composición accionaria de la concesionaria y de su grupo económico debe informarse a la autoridad **antes** de la celebración del contrato.

La obligación de la concesionaria de notificar a la autoridad los cambios a dicha composición accionaria sin mayor precisión sobre el cómo hacerlo y el cuándo hacerlo no es eficiente ni eficaz.

De no precisarse estos detalles se puede cumplir la obligación informando a la autoridad posterior a que se haya efectuado el cambio a la composición accionaria.

Para que la autoridad pueda actuar de forma preventiva y velar por el cumplimiento de la norma legal vigente, y directamente aplicable al caso, sobre prohibiciones en cuanto a los accionistas de una concesión minera, la notificación de los cambios a dicha composición accionaria debe hacerse ***antes*** de que ocurran.

“El capital accionario de LA CONCESIONARIA deberá emitirse en su totalidad en acciones nominativas. Anualmente, LA CONCESIONARIA presentará a la Dirección Nacional de Recursos Minerales del Ministerio de Comercio e Industrias, una declaración jurada del representante legal o quien delegue la junta directiva de LA CONCESIONARIA en la que certificará el nombre de cada persona natural que sea directa o indirectamente beneficiario final de, por lo menos, el diez por ciento (10%) del capital accionario emitido y en circulación.”

La concesionaria, es una sociedad anónima panameña. Como sociedad anónima panameña debe cumplir, por conducto de su agente residente, con la Ley 129 de 2020 que crea el registro único de beneficiarios finales.

¿Qué es un beneficiario final?

Ley 129 de 2020, artículo 2. Definiciones:

“3. Beneficiario final. La persona o las personas naturales que finalmente, directa o indirectamente, poseen, controlan y/o ejercen influencia significativa sobre el cliente o la relación de cuenta o la relación contractual y/o de negocio, o la persona o personas naturales en cuyo nombre o beneficio se realiza una transacción. Incluye a la persona o personas naturales que ejercen control efectivo final sobre una persona jurídica. El criterio para determinar la posesión, control o influencia significativa está definido en la Ley 23 de 27 de abril de 2015, su reglamentación y sus regulaciones.” (Texto según el artículo 30 de la Ley 254 de 2021).

Por su parte la Ley 23 de 27 de abril de 2015 señala en su artículo 4. Definiciones:

“ 4. Beneficiario final. Persona o personas naturales que finalmente, directa o indirectamente, poseen, controla y/o ejercen influencia significativa sobre el cliente o la relación de cuenta o relación contractual y/o de negocio, o la persona o personas naturales que ejercen control final sobre una persona jurídica o estructura jurídicas. El Órgano Ejecutivo reglamentará el criterio para determinar la posesión, control o influencia significativa.” (Texto según artículo 1 de la Ley 254 de 2021)

Conclusiones:

El agente residente de la sociedad debe registrar los datos de los beneficiarios finales de la sociedad anónima Minera Panamá, S.A. con la información que le debe suministrar la sociedad anónima panameña.

Esta es una obligación vigente e independiente del contrato de concesión minera.

“En caso de que los beneficiarios finales no puedan ser identificados mediante la participación accionaria, LA CONCESIONARIA deberá presentar una declaración jurada debidamente suscrita por el representante legal o persona autorizada, en la que se detalle el beneficiario o los beneficiarios finales.

Se exceptúan las personas jurídicas de las cuales por lo menos diez por ciento (10%) de sus acciones se coticen públicamente en bolsas de valores de una jurisdicción reconocida por la Superintendencia del Mercado de Valores de Panamá.”

El Decreto Ejecutivo 35 de 6 de septiembre de 2022 que reglamenta la Ley 23 de 2011 señala en su artículo 19:

“... En el caso de personas jurídicas listadas en una bolsa de valores de Panamá o en una jurisdicción reconocida por la Superintendencia del Mercado de Valores o de propiedad de un organismo internacional, multilateral o de un Estado, deberá requerirse documentación soporte donde conste tal condición, que incluya, al menos, el país y la bolsa de valores donde cotiza.”

La concesionaria, Minera Panamá, S.A. no es una persona jurídica que coticen sus acciones públicamente en ninguna bolsa.

La sociedad propietaria de las acciones de la concesionaria, es una sociedad que cotiza sus acciones públicamente en bolsa.

Conclusiones:

La excepción de la cláusula quincuagésima se refiere a las personas jurídicas de las cuales por lo menos diez por ciento (10%) de sus acciones se coticen públicamente en bolsas de valores de una jurisdicción reconocida por la Superintendencia del Mercado de Valores de Panamá y no es el caso de la concesionaria Minera Panamá, S.A.

“A solicitud de LA CONCESIONARIA, esta información podrá ser clasificada como de acceso restringido, de acuerdo con las disposiciones sobre transparencia, acceso a la información y protección de datos.”

La Ley 6 de 2002, ley de transparencia, no contempla expresamente en sus artículos la información sobre los beneficiarios finales de empresa concesionaria como información de acceso restringido.

La Ley 129 de 2020 sobre registro de beneficiarios finales, señala que este es un registro privado y no de acceso público.

A título de referencia, y de modelo a seguir, la Ley 22 de 2006 sobre contrataciones públicas contiene artículos que dejan clara la intención de que este tipo información sea pública, como lo es en efecto en la actualidad, y no de acceso restringido.

“Artículo 26. Principio de transparencia. En cumplimiento de este principio, se observarán las siguientes reglas:

1. Las contrataciones que celebre el Gobierno Central, las entidades autónomas o semiautónomas, los municipios, las juntas comunales y locales, los intermediarios financieros, las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del 51 % o más de sus acciones o patrimonio y, en general, las que se efectúen con fondos públicos se harán, salvo las excepciones que determine la ley, mediante los procedimientos de selección de contratista.
2. En los procesos de selección de contratista, los proponentes tendrán oportunidad de conocer los informes, los conceptos y las decisiones que se rindan o adopten, al acceder, a través de Internet, al Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, o a través de los tableros de información que debe tener cada institución gubernamental, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones o controvertirlas.
3. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los procesos de selección de contratista estarán abiertos a cualquier persona interesada. Para lo anterior se utilizarán los medios que, para tal efecto, indican esta Ley y sus reglamentos.”

“Artículo 41. Requisitos de participación de personas jurídicas. En todo acto de selección de contratista, cuya cuantía exceda de quinientos mil balboas (B/. 500 000.00), en el que participen personas jurídicas, el capital accionario de estas deberá emitirse en su totalidad en acciones nominativas.

Las personas jurídicas que participen en procesos de selección de contratista, cuya cuantía del acto de forma individual o agregada exceda la suma de quinientos mil balboas (B/.500 000.00), presentarán ante la Dirección General de Contrataciones Públicas una declaración jurada del agente residente o presidente o quien delegue la Junta Directiva de la persona jurídica en la que deberán certificar el nombre de cada persona natural que sea directa o indirectamente beneficiario final de, por lo menos, el 10 % del capital accionario emitido y en circulación. En caso de consorcios o asociaciones accidentales, todos sus integrantes que sean personas jurídicas, nacionales o extranjeras, que participen en actos de selección de

contratista deberán cumplir con este requisito. Esta declaración deberá mantenerse actualizada de manera anual y su falta de presentación será impedimento de participación como proponente. Se exceptúan las personas jurídicas cuyas acciones comunes se coticen públicamente en bolsas de valores de una jurisdicción reconocida por la Superintendencia del Mercado de Valores de Panamá.

Toda declaración notarial jurada con información contraria o falsa conforme a lo establecido en el párrafo anterior, según las características y gravedad del caso, dará lugar a responsabilidad penal y civil, para lo cual se iniciarán las investigaciones para las sanciones correspondientes.

Será causal de incumplimiento, aunque no se exprese en el contrato, cualquier cambio en la composición accionaria de la sociedad contratista, concesionaria o inversionista que no sea debidamente notificado a la entidad contratante o que impida conocer en todo momento quién es la persona natural que es finalmente beneficiaria de tales acciones, tomando en consideración que esta persona sea directa o indirectamente el beneficiario final de, por lo menos, el 10 % del capital accionario emitido y en circulación.

En caso de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, fideicomisos, fundaciones de interés privado, organizaciones no gubernamentales, instituciones de beneficencia o sin fines de lucro, cuyos beneficiarios finales no puedan ser identificados mediante la participación accionaria, se deberá obtener un acta, certificación o declaración jurada debidamente suscrita por los representantes o personas autorizadas, en la que se detalle el beneficiario o los beneficiarios finales.”

Conclusiones:

Ley 22 de 2006 sobre Contratación Pública contiene el principio de transparencia que señala que los procesos y actuaciones son públicas. En el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas se encuentra disponible la información que forma el expediente del proceso de contratación pública.

No se justifica, dentro del ordenamiento de contrataciones públicas panameño, otorgar la clasificación de información de acceso restringido a la información sobre beneficiarios finales de la concesionaria.