

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES**

En el procedimiento de arbitraje entre

Transban Investments Corp.
Demandante

y

República Bolivariana de Venezuela
Demandada

(Caso CIADI No. ARB/12/24)

LAUDO

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

S.E. Juez Peter Tomka, Presidente del Tribunal
Profesor David D. Caron, Árbitro
Dr. Santiago Torres Bernárdez, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Natalí Sequeira (hasta el 7 de agosto de 2017)
Sra. Marisa Planells-Valero

Fecha de envío a las Partes: 22 de noviembre de 2017

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

En representación de la Demandante:

Sr. Jonathan Siegfried
Sra. Kiera S. Ganz
DLA Piper LLP
1251 Avenue Of The Americas
Nueva York, Nueva York 10020-1104
EE.UU.

y

Sr. Harout Jack Samra
DLA Piper LLP
200 South Biscayne Blvd., Suite 2500
Miami, Florida 33131-5341
EE.UU.

y

Sr. José Antonio Muci Borjas
Escritorio Muci-Abraham & Asociados
Avenida Principal de la
Urbanización La Castellana
Torre Banco Lara, Piso 7, Oficina B
Caracas, 1060
Venezuela

En representación de la Demandada:

Dr. Reinaldo Enrique Muñoz Pedroza
Procurador General de la República (E)
Procuraduría General de la República Bolivariana
de Venezuela
Urb. Santa Mónica
Caracas, 1040
Venezuela

y

Sr. Osvaldo César Guglielmino
Sra. Verónica Lavista
Sra. Mariana Lozza
Sr. Pablo Parrilla
Sr. Patricio Grané Riera
Sr. Nicolás E. Bianchi
Sr. Guillermo Moro
Sr. Alejandro Vulejser
Sr. Emiliano Represa
Sr. Nicolás Caffo
Guglielmino & Asociados
Cerrito 1320 – Piso 11
C1010ABB
Buenos Aires
República Argentina

y

Sr. Diego Brian Gosis
175 SW 7th Street, Suite 2110
Miami, Florida 33130
EE.UU.

Índice

I.	Las Partes.....	1
II.	Antecedentes Procesales.....	1
III.	La Jurisdicción del Tribunal.....	4
IV.	Derecho Aplicable.....	5
V.	Excepción a la jurisdicción <i>Ratione Temporis</i> : ausencia de consentimiento al arbitraje por parte de Venezuela.....	6
1.	Denuncia del Convenio del CIADI por Venezuela.....	7
a.	Postura de la Demandada.....	7
b.	Postura de la Demandante.....	10
2.	Fecha Crítica para Determinar la Jurisdicción del CIADI.....	13
a.	Postura de la Demandada.....	13
b.	Postura de la Demandante.....	14
3.	Análisis del Tribunal.....	16
VI.	Excepción a la Jurisdicción <i>Ratione Personae</i> : ausencia de inversionista protegido.....	22
1.	Sociedades como Inversionistas Protegidos bajo el Artículo 1(d) del TBI.....	22
a.	Postura de la Demandada.....	22
b.	Postura de la Demandante.....	24
2.	Sociedades de Nacionalidad del Estado Contratante Parte de la Diferencia.....	28
a.	Postura de la Demandada.....	28
b.	Postura de la Demandante.....	30
3.	Levantamiento del Velo Societario y Abuso del Proceso.....	31
a.	Postura de la Demandada.....	31
b.	Postura de la Demandante.....	32
4.	Análisis del Tribunal.....	33
VII.	Costas.....	47
VIII.	Decisión.....	50

Abreviaciones

C.I.J. o Corte	Corte Internacional de Justicia
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional.
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, suscrito el 18 de marzo de 1965, y que entró en vigor el 14 de octubre de 1966, 575 UNTS 159.
CVDT	<i>Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados</i> , 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331; 8 I.L.M. 679 (1969).
Demandante o Transban	Transban Investments Corp.
Informe Pericial Carmichael	Informe Pericial de Sir Trevor Carmichael, 17 de diciembre de 2015.
Ley de Sociedades de Barbados	<i>Companies Act</i> (Ley de Sociedades), Capítulo 308 de las Leyes de Barbados.
MD	Memorial de la Demandante, de 6 de febrero de 2015.
MOBJ	Memorial de Excepciones a la Competencia y Jurisdicción y de Contestación sobre el Fondo, 4 de agosto de 2015.
Notificación de Denuncia	Notificación de denuncia del Convenio CIADI de Venezuela, 24 de enero de 2012.
Oficina de Barbados	Oficina de Asuntos Corporativos de Barbados.
Oposición a la Bifurcación de Transban o TOB	Memorando de la Demandante en Oposición a la Solicitud de Bifurcación del Procedimiento de la Demandada, 4 de septiembre de 2015
Reglas de Iniciación del CIADI	Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (2006)
Reglas de la IBA	International Bar Association, Comité de Arbitraje, Reglas actualizadas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 29 de mayo de 2010.

RIAA	Informes de Laudos Arbitrales Internacionales
SdA o Solicitud	Solicitud para la Iniciación del Procedimiento de Arbitraje presentada por Transban el 24 de julio de 2012.
Schreuer, <i>The ICSID Convention: A Commentary</i>	Christoph Schreuer et al., “The ICSID Convention: A Commentary”, Segunda Edición, (Cambridge University Press, 2009) Christoph Schreuer, <i>The ICSID Convention: A Commentary</i> (segunda edición), CUP (2009).
TBI	Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Barbados para la Promoción y Protección de Inversiones, suscripto el 15 de julio de 1994, y que entrara en vigor el 31 de octubre de 1995 (1984 UNTS 169).
TCMJ	Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, 17 de diciembre de 2015.
Venezuela o Demandada	República Bolivariana de Venezuela

I. LAS PARTES

1. La Demandante es Transban Investment Corporation (“Transban” o “Demandante”), una compañía presuntamente constituida conforme a la legislación de Barbados.
2. La Demandada es la República Bolivariana de Venezuela (“Venezuela” o “Demandada”).

II. ANTECEDENTES PROCESALES

3. El 24 o 25 de julio de 2012 (la fecha precisa es materia de controversia entre las Partes), el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o el “Centro”) recibió una Solicitud de Arbitraje (la “Solicitud” o “SdA”), de fecha 24 de julio de 2012 por parte de la Demandante. El procedimiento se inició conforme al Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Barbados para la Promoción y Protección de Inversiones (“TBI”), que fue suscrito el 15 de julio de 1994 y entró en vigor el 31 de octubre de 1995¹.
4. El 27 de agosto de 2012, la Secretaria General del CIADI registró la Solicitud de Arbitraje con arreglo al Artículo 36(3) del Convenio del CIADI.
5. El 26 de octubre de 2012, la Demandante informó al Centro del nombramiento del Profesor David D. Caron, nacional de los EE.UU., como árbitro. El 20 de noviembre de 2012, el Profesor Caron aceptó su nombramiento.
6. El 17 de enero de 2013, Venezuela nombró al Dr. Santiago Torres Bernárdez, nacional del Reino de España como árbitro. El 30 de enero de 2013, el Dr. Torres Bernárdez aceptó su nombramiento.
7. El 17 de enero de 2013, la Demandada presentó una propuesta de recusación del Profesor Caron. El 18 de junio de 2013, la Demandante presentó una propuesta de recusación del Dr. Torres Bernárdez. Ambas propuestas fueron presentadas con anterioridad a la constitución del Tribunal.
8. El 24 de diciembre de 2013, la Demandante solicitó que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombrara al tercer árbitro con arreglo al Artículo 38 del Convenio del CIADI.
9. El 14 de febrero de 2014, el Presidente del Consejo nombró como Presidente del Tribunal al Juez Peter Tomka, nacional de la República Eslovaca. El Juez Tomka aceptó su nombramiento el 23 de febrero de 2014.
10. El Tribunal quedó constituido el 24 de febrero de 2014 de conformidad con el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI. En la misma fecha, en vista de las propuestas de recusación de los dos co-árbitros, se suspendió el procedimiento hasta que se decidieran las propuestas, de conformidad con la Regla 9(6) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

¹ UNTS, Vol. 1984, pág. 169.

11. El 13 de mayo de 2014, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI emitió una Decisión mediante la cual se rechazaron las propuestas de recusación presentadas respecto del Profesor Caron y del Dr. Torres Bernárdez. En la misma fecha, se reanudó el procedimiento conforme a la Regla 9(6) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
12. La primera sesión del Tribunal de Arbitraje se celebró mediante conferencia telefónica el 8 de julio de 2014. Con anterioridad a dicha sesión, la Secretaria del Tribunal circuló entre las Partes el Borrador de Agenda el 11 de junio de 2014, y el Borrador de Resolución Procesal el 13 de junio de 2014. Los comentarios de las Partes acerca de estos dos borradores se recibieron el 7 de julio de 2014.
13. El 24 de julio de 2014, la Secretaria del Tribunal circuló a las Partes el Borrador de Resolución Procesal revisado. Los comentarios definitivos de las Partes se recibieron el 30 de julio de 2014.
14. El 30 de septiembre de 2014, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1 (en español e inglés) que establece las Reglas Procesales que rigen el arbitraje, incluido el calendario procesal.
15. El 26 de noviembre de 2014, la Demandante solicitó una prórroga de un mes a fin de presentar su Memorial, con la consecuente prórroga de todos los demás plazos. El 1 de diciembre de 2014, la Demandada se opuso a la prórroga. El 2 de diciembre de 2014, la Demandante presentó una propuesta revisada a efectos de la modificación del calendario procesal original. El 4 de diciembre de 2014, la Demandada reiteró su oposición a la solicitud de la Demandante y agregó que, en el supuesto de que el Tribunal admitiera la solicitud, la fecha límite a efectos de la presentación del Memorial de Contestación sería el 7 de julio de 2015.
16. El 10 de diciembre de 2014, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2, que modificaba la Sección 14 (cantidad y secuencia de escritos) de la Resolución Procesal No. 1.
17. El 6 de febrero de 2015, dentro del plazo prorrogado, la Demandante presentó su Memorial.
18. El 21 de abril de 2015, luego de intercambios entre las Partes, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 3 sobre la Solicitud de Exhibición de Documentos de la Demandada.
19. El 29 de mayo de 2015, la Demandada le solicitó al Tribunal que modificara el calendario procesal. El 5 de junio de 2015, la Demandante informó al Tribunal de que no tenía objeción alguna a la modificación del plazo de presentación del Memorial de Contestación de la Demandada.
20. El 19 de junio de 2015, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 4 mediante la cual se modificaba el calendario procesal.
21. El 4 de agosto de 2015, dentro del plazo prorrogado, la Demandada presentó su Memorial de Excepciones a la Competencia y Jurisdicción y de Contestación sobre el

Fondo (“MOBJ”). Con arreglo a la Sección 14.3 de la Resolución Procesal No. 1, modificada por las Resoluciones Procesales Nos. 2 y 4, la Demandada solicitó que el Tribunal bifurcara el procedimiento y abordara sus excepciones a la jurisdicción como cuestión preliminar.

22. El 4 de septiembre de 2015, dentro del plazo establecido en la Sección 14.5 modificado por la Resolución Procesal No. 4, la Demandante presentó su Memorandum en Oposición a la Solicitud de la Demandada de bifurcar el procedimiento (“TOB”).
23. De conformidad con la Sección 14.5, la presentación de la Solicitud de Bifurcación no alteró el calendario a efectos de la exhibición de documentos de la Demandada. El 25 de septiembre de 2015, la Demandante presentó su Solicitud de Exhibición de Documentos.
24. El 8 de octubre de 2015, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 5 sobre la solicitud de la Demandante *supra*.
25. El 2 de noviembre de 2015, el Tribunal emitió su Decisión sobre la Solicitud de Bifurcación de la Demandada y resolvió que la primera (*ratione temporis*) y la segunda (*ratione personae*) excepción a la jurisdicción presentadas por la Demandada fueran analizadas por el Tribunal como cuestiones preliminares, mientras que la tercera excepción (*ratione materiae*) sea incluida en el fondo. Además, el Tribunal ordenó a la Demandante que presentara su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, a más tardar, el 17 de diciembre de 2015.
26. Conforme al plazo establecido por el Tribunal, la Demandante presentó su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción (“TCMJ”) el 17 de diciembre de 2015.
27. El 8 de febrero de 2016, luego de intercambios entre las Partes, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 6 relativa a la organización de la audiencia sobre jurisdicción.
28. La audiencia sobre jurisdicción fue celebrada en el Palacio de la Paz en La Haya los días 2 y 3 de marzo de 2016.
29. Las siguientes personas estuvieron presentes durante la audiencia:

Miembros del Tribunal:

S.E. Juez Peter Tomka	Presidente
Profesor David A. Caron	Coárbitro
Dr. Santiago Torres Bernárdez	Coárbitro

Secretariado del CIADI:

Sra. Natalí Sequeira	Secretaria del Tribunal
----------------------	-------------------------

Por la Demandante:

Sr. Camilo Cardozo	Paul Hastings LLP
Sra. Kiera S. Gans	DLA Piper LLP (EE.UU.)
Sra. María Cecilia Rachadell	DLA InterJuris Abogados S.C.

Sr. Harout Jack Samra
Sr. José Antonio Muci

DLA Piper LLP (EE.UU.)
Escritorio Muci-Abraham & Asociados

Testigo:

Sr. Enrique Zambrano

Perito:

Sir Trevor Carmichael

Chancery Chambers, Barbados

Por la Demandada:

Sr. Osvaldo Guglielmino

Guglielmino & Asociados

Sr. Diego B. Gosis

Guglielmino & Asociados, Asesor Externo

Sra. Verónica Lavista

Guglielmino & Asociados, Asesora Externa

Sr. Alfredo O. de Jesús

Asesor Legal Especial

Sr. Pablo Parrilla

Guglielmino & Asociados

Sr. Patricio Grané Riera

Guglielmino & Asociados

Sr. Nicolás E. Bianchi

Guglielmino & Asociados

Sr. Emiliano Represa

Asesor Legal Especial

Sr. Francisco Calvo

Guglielmino & Asociados

Sra. Yolanda Consuegra

Guglielmino & Asociados

Sra. Camila Guglielmino

Guglielmino & Asociados

Dr. Felipe Daruiz Ferro

Procuraduría General de la República
Bolivariana de Venezuela

30. En el transcurso de la audiencia, el Tribunal le solicitó a la Demandante que proporcionara el texto completo de la siguiente legislación de Barbados: (a) la *Ley de Sociedades*; (b) el *Reglamento de Sociedades*; (c) la *Ley de Sociedades Mercantiles Internacionales*; y (d) el *Reglamento de Sociedades Mercantiles Internacionales*. La Demandante envió el texto completo de la legislación solicitada (junto con sus Enmiendas) el 11 de marzo de 2016 con posterioridad a la audiencia
31. El 10 de mayo de 2016, las Partes presentaron sus respectivas declaraciones sobre costos.
32. El Tribunal deliberó en La Haya el 4 de marzo y el 16 de junio de 2016, y luego intercambió opiniones a través de otros medios de comunicación.

III. LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL

33. El Tribunal está constituido en virtud del Convenio del CIADI. El Artículo 25(1) del Convenio establece que:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido

por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

34. Es obligación de la Demandante establecer el fundamento de la jurisdicción del Tribunal del CIADI. El consentimiento de las Partes puede prestarse por escrito mediante diversos instrumentos. La oferta de arbitraje puede formularse en un instrumento por escrito y la aceptación en otro documento.

35. La Demandante procura el arbitraje ante el CIADI invocando el TBI. En particular, la Demandante hace referencia al Artículo 8(1) del TBI que reza lo siguiente:

Las controversias entre una Parte Contratante y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante (...) se someterá, a solicitud del nacional o la sociedad interesada, al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para ser arreglada (...) mediante arbitraje (...) de conformidad con la Convención para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones.

36. La Demandante afirma que son inversionistas constituidos conforme a la legislación de Barbados y que han realizado una inversión en Venezuela a través de sus actividades comerciales en dicho Estado. En consecuencia, la Demandante argumenta que tiene acceso a la posibilidad de solicitar el arbitraje ante el CIADI para la resolución de su diferencia con Venezuela.

37. La Regla 41(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI dispone que toda excepción a la competencia del Tribunal “deberá oponerse lo antes posible”. Tal como se indicara en el párrafo 21, la Demandada presentó de forma oportuna su MOJB el 4 de agosto de 2015.

38. Tal como se indicara en el párrafo 25, la Demandada inicialmente planteó tres excepciones preliminares a la competencia del Tribunal y la admisibilidad de las reclamaciones. En su Decisión de fecha 2 de noviembre de 2015, el Tribunal resolvió analizar las excepciones a la jurisdicción *ratione temporis* y *ratione personae* de la Demandada como cuestiones preliminares.

39. El Tribunal ha tenido el beneficio de presentaciones y pruebas extensas aportadas por ambas Partes. Diversas cuestiones y sub-cuestiones fueron invocadas en el transcurso del procedimiento. El Tribunal consideró de forma minuciosa todas las presentaciones, todas las pruebas y todas las cuestiones, pero en aras de la economía procesal en el presente Laudo sólo se analizan aquellas que considera necesarias.

IV. DERECHO APLICABLE

40. En esta etapa del procedimiento, y para decidir respecto de las dos excepciones preliminares, el Tribunal deberá aplicar el Convenio del CIADI y el TBI. Al momento de interpretar estos dos tratados, el Tribunal se fundará en el derecho internacional consuetudinario codificado en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el

Derecho de los Tratados. Sin embargo, la Convención de Viena no resulta directamente aplicable en calidad de tratado por dos motivos. El Artículo 4 de la Convención de Viena dice: “[s]in perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de la Convención, ésta solo se aplicara a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados”. El Convenio del CIADI, adoptado el 18 de marzo de 1965, entró en vigor el 14 de octubre de 1966 mucho antes de que se adoptara la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados el 23 de mayo de 1969 la cual entró en vigor casi once años más tarde, el 27 de enero de 1980. Además, Venezuela no es Estado Parte de la Convención de Viena. Por este motivo, y a pesar de que Barbados es Estado Parte de la Convención de Viena habiéndola ratificado el 24 de junio de 1971, la Convención de Viena tampoco resulta aplicable como tratado al TBI que fuera suscripto el 15 de julio de 1994 y entrara en vigor el 31 de octubre de 1995. No obstante, está ampliamente aceptado que los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre interpretación de los tratados reflejan el derecho internacional consuetudinario, tal como fuera confirmado por la CIJ en diversas oportunidades².

41. Al momento de analizar la segunda excepción preliminar respecto de la cual la Demandada sostiene que la Demandante no es un inversionista protegido en virtud del TBI, ya que el TBI en su definición de sociedades en el Artículo 1(d) hace referencia a “las corporaciones, consorcios y asociaciones organizadas o constituidas de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente de la respectiva Parte Contratante”, el Tribunal deberá considerar de forma minuciosa la legislación de Barbados debido a que Transban alega ser un inversionista protegido de nacionalidad barbadense. Las Partes presentaran sus argumentos invocando la legislación de Barbados y la legislación de Venezuela que consideran relevantes a los efectos de la adopción de una decisión sobre la presente excepción.

V. EXCEPCIÓN A LA JURISDICCIÓN *RATIONE TEMPORIS*: AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE POR PARTE DE VENEZUELA

42. La excepción de Venezuela a la jurisdicción *ratione temporis* contempla dos aspectos, y se alega que cada uno de ellos tiene la suficiencia necesaria para rechazar la jurisdicción del Tribunal. En primer lugar, por medio de la denuncia del Convenio del CIADI, Venezuela retiró su consentimiento a la jurisdicción con efecto inmediato al momento de la recepción de la notificación de denuncia por parte del Banco Mundial. En segundo lugar, que, en cualquier caso, la Demandante presentó su SdA ante el CIADI pasados más de seis meses después de la recepción de la notificación de denuncia por parte del Banco Mundial, cuando Venezuela ya no era un Estado Contratante del Convenio del CIADI.

² Véase, por ejemplo, *LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América)*, Sentencia, Informes de la C.I.J. 2001, pág. 466, párr. 99; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, Informes de la C.I.J. 2007, pág. 43, párr. 160.

1. Denuncia del Convenio del CIADI por Venezuela

a. *Postura de la Demandada*

43. Venezuela insiste en la importancia del consentimiento del Estado para establecer la jurisdicción de un foro internacional de arreglo de diferencias³. La jurisdicción de un tribunal del CIADI está fundada en un enfoque denominado “doble llave”⁴ o prueba de doble llave (“*double keyhole approach*” o “*double-barrelled test*”)⁵: en primer lugar, el Estado parte de la diferencia y el Estado respecto del cual el inversionista demandante ostenta el requisito de nacionalidad deben ser Estados Contratantes del Convenio del CIADI, y, en segundo lugar, el Estado contendiente y el inversionista deben haber prestado sus respectivos consentimientos para someter la diferencia a un tribunal del CIADI⁶.
44. Venezuela alega que falta su consentimiento para someter la diferencia a arbitraje, ya que no era parte del Convenio del CIADI al momento del registro de la SdA por parte del CIADI o al momento en el que Transban expresara su consentimiento a someterse al arbitraje⁷. Sostiene, asimismo, que Transban debía expresar su consentimiento a someterse al arbitraje con anterioridad a la recepción de la Notificación de Denuncia por parte del Banco Mundial, es decir, antes del 24 de enero de 2012⁸.
45. Venezuela hace referencia a los Artículos 71 y 72 del Convenio del CIADI que disponen lo siguiente:

Artículo 71

Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación.

Artículo 72

Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario.

46. Venezuela sostiene que dejó de ser Estado Contratante del Convenio del CIADI el día en el que el Banco Mundial recibió su Notificación de Denuncia, es decir, el 24 de enero

³ MOBJ, párrs. 85-88.

⁴ MOBJ, párrs. 90.

⁵ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 58:19-21, pág. 59:3-18; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 378:3-6; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 380:17-22, pág. 381:1-2.

⁶ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 59:3-14; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 378:3-6. Venezuela invoca el “Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados” (1965), 1 ICSID Reports, párr. 25 (Anexo RL-0140).

⁷ MOBJ, párr. 89; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 40:20-22; pág. 41:1-3.

⁸ MOBJ, párrs. 101, 108; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 60:12-15; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 389:5-10.

de 2012⁹. Por lo tanto, la Demandada niega que el Artículo 71 del Convenio del CIADI indique que Venezuela haya continuado como Estado Contratante del Convenio del CIADI en el transcurso de los seis meses posteriores a la recepción de su notificación de denuncia¹⁰. Venezuela invoca la Regla 20 del Reglamento Administrativo y Financiero la cual establece requisitos para mantener la lista de Estados Contratantes que incluye Estados Contratantes anteriores y la fecha en la cual el Banco Mundial recibe sus respectivas notificaciones de denuncia; Venezuela sostiene que dicha Regla 20 considera la fecha de recepción de la notificación constituye la fecha en la cual un Estado deja de ser Estado Contratante del Convenio del CIADI¹¹. Alega que, con arreglo al Artículo 71, los inversionistas carecen de todo derecho conforme al Convenio del CIADI con anterioridad a expresar su consentimiento a la jurisdicción de un tribunal del CIADI¹², y que dicho consentimiento debe ser expresado con anterioridad a la recepción por parte del Banco Mundial de la notificación de denuncia de un Estado Contratante¹³.

47. Respecto del *effet utile* que se le debe otorgar a la disposición del Artículo 71 que establece que la denuncia surtirá efecto una vez transcurridos seis meses de la recepción de la notificación de denuncia, Venezuela, invocando el comentario del Profesor Schreuer, sugiere que dicha disposición se “refiere a las demás obligaciones que tiene un Estado Contratante en el Convenio”¹⁴, es decir las obligaciones relativas a las inmunidades y privilegios del Centro (Artículos 18-24), y al reconocimiento y ejecución de laudos (Artículo 54)¹⁵. En su alegato oral, Venezuela incluyó también, en esta categoría, la protección diplomática (Artículo 27)¹⁶.
48. Así, Venezuela interpreta la última oración del Artículo 71 del Convenio del CIADI, “[l]a denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación”, como si significara que “los derechos y obligaciones existentes en virtud del tratado continúan durante seis meses” con posterioridad a la recepción de dicha notificación; la denuncia concierne derechos y obligaciones conforme al Convenio del CIADI que existieron con anterioridad a la notificación de denuncia¹⁷.
49. Venezuela considera el Artículo 72 como una excepción al Artículo 71¹⁸, como corolario de los Artículos 25 y 71 del Convenio del CIADI,¹⁹ y como una excepción al enfoque denominado “doble llave” (*double-barrelled test*) para determinar la jurisdicción conforme al Convenio del CIADI²⁰. La existencia del Artículo 72 se explica por la irrevocabilidad del consentimiento dispuesta en el Artículo 25(1), que establece que las partes contendientes no pueden retirar sus respectivos consentimientos de forma

⁹ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 60:3-5.

¹⁰ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 56:10-12.

¹¹ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 57:20-22, pág. 58:1-13, pág. 60:2-7.

¹² Transcripción de la audiencia día 2, pág. 361:22; 362:1-3.

¹³ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 372:8-14.

¹⁴ MOBJ, párr. 104.

¹⁵ *Íbid.*, que cita a Christoph Schreuer et al., “*The ICSID Convention: A Commentary*”, Segunda Edición, (Cambridge University Press, 2009), pág. 1278. (Exhibit RL-0162).

¹⁶ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 70:6-7.

¹⁷ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 56:4-9, 13-17; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 361:18-21, pág. 372:22; 373:1-10.

¹⁸ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 56:21-22, pág. 57:1-3, pág. 57:13-15.

¹⁹ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 56:19-21.

²⁰ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 60:9-12.

unilateral una vez que prestaron sus consentimientos por escrito para someter la diferencia a un tribunal del CIADI²¹.

50. En opinión de Venezuela, las últimas palabras del Artículo 72 del Convenio del CIADI, “nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos... con anterioridad al recibo de dicha notificación...” significan que una vez que la notificación de denuncia es recibida por el Banco Mundial, no se pueden formular de manera válida nuevas solicitudes de arbitraje en contra del Estado denunciante²². Un tribunal del CIADI tiene jurisdicción sólo una vez perfeccionado el consentimiento; por lo tanto, los derechos y obligaciones se presentan sólo si el inversionista acepta la oferta de arbitraje por parte del Estado Contratante, y dichos consentimientos perfeccionados e irrevocables deben haber sido expresados con anterioridad a la recepción de la notificación de denuncia por parte del Banco Mundial para obtener los beneficios del Artículo 72²³.
51. Venezuela rechaza limitar el Artículo 72 del Convenio del CIADI a seis meses y, en cambio, sostiene que el Artículo 72 es aplicable siempre que el consentimiento a la jurisdicción del tribunal del CIADI haya sido prestado por ambas partes contendientes con anterioridad a la notificación de denuncia²⁴. De forma contraria a las conclusiones a las que arribara el tribunal en *Venoklim*, esta interpretación otorga seguridad jurídica a los inversionistas a partir del momento en el cual ambas partes contendientes expresan su consentimiento al arbitraje, ya que dicho consentimiento no puede ser retirado de forma unilateral²⁵.
52. Venezuela invoca una declaración formulada por Aron Broches, Consejero General del Banco Mundial, durante la redacción del Convenio del CIADI, respecto de una versión preliminar de lo que más tarde fuera el Artículo 72 del Convenio del CIADI en virtud de que “[s]i un Estado retira su declaración unilateral al momento de denunciar el Convenio antes de que sea aceptado por el inversionista, ningún inversionista podrá, en lo sucesivo, iniciar una reclamación ante el Centro”²⁶ [Traducción del Tribunal]. Asimismo, Venezuela invoca las opiniones del Profesor Schreuer respecto de que, conforme al Artículo 72 del Convenio del CIADI, el consentimiento para someter una diferencia relativa a inversiones al CIADI no puede ser perfeccionado por un inversionista una vez que el Estado haya enviado la notificación de denuncia al Banco Mundial en virtud del Artículo 71 del Convenio del CIADI²⁷.

²¹ MOBJ, párr. 105; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 64:9-13, Transcripción de la audiencia día 2, pág. 373:11-14.

²² MOBJ, párrs. 101, 108; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 60:12-14; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 389:5-10.

²³ MOBJ, párrs. 105-106, 123; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 66:18-22, pág. 68:16-22, pág. 69:20-22; 70:1-2.

²⁴ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 371:18-22; 372:1.

²⁵ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 64:10-13; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 373:21-22; 374:1-2, en referencia a *Venoklim Holding B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/22, Laudo (2 de abril de 2015) (en adelante *Venoklim v. Venezuela*) (Anexo RL-0084).

²⁶ MOBJ, párr. 102, que cita a *History of the ICSID Convention*, Tomo II, Parte 2 (1968), pág. 1010 (Anexo RL-0139).

²⁷ MOBJ, párr. 103, que cita a Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, págs. 1280-1281 (Anexo RL-0162).

53. Para Venezuela, el término “consentimiento”, tal como se lo emplea en el Artículo 72 del Convenio del CIADI, significa “consentimiento perfeccionado”²⁸. Señala aquello que considera como “definiciones de consentimiento” en el Preámbulo del Convenio del CIADI, en el Artículo 25 del Convenio del CIADI y en la Regla 2(3) de las Reglas de Iniciación del CIADI en apoyo a su afirmación de que el término “consentimiento” tal como se lo emplea en el Artículo 72 significa el consentimiento expresado por ambas partes contendientes²⁹.
54. El Artículo 8(1) del TBI dispone que “[l]as controversias entre una Parte Contratante y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante (...) se someterá[n], a solicitud del nacional o la sociedad interesada, al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para ser arreglada (...) mediante arbitraje (...) de conformidad con la Convención para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones...”, mientras que, en virtud del Artículo 8(4) del TBI, Venezuela “[da] su consentimiento incondicional para el sometimiento de las controversias a que se refiere el párrafo (1) de este artículo al arbitraje internacional de conformidad con lo estipulado en este artículo”. Venezuela reconoce que el Artículo 8 del TBI permanece válido y en vigor, pero sostiene que sólo representa una declaración general del consentimiento y que es insuficiente en sí mismo para determinar la jurisdicción de un tribunal CIADI³⁰. Venezuela concluye que no hay derecho ni obligación alguna que surja del Convenio del CIADI a partir de una simple oferta para expresar el consentimiento a fin de someter diferencias a arbitraje en virtud de un tratado bilateral de inversión si dicha oferta no fue aceptada con anterioridad a la recepción de la notificación de denuncia por parte del Banco Mundial³¹.

b. Postura de la Demandante

55. Transban alega que la denuncia surte efecto una vez transcurridos seis meses de su recepción por parte del Secretariado del CIADI, conforme al Artículo 71 del Convenio del CIADI³², y que el Artículo 72 del Convenio del CIADI no tiene por objeto restringir la aplicación de dicho período de seis meses: en realidad, el Artículo 72 no menciona el período de seis meses o la entrada en vigor del efecto de la denuncia contemplada en el Artículo 71³³.
56. Transban interpreta la postura de Venezuela como si significara que el consentimiento del Estado al arbitraje con arreglo al Convenio del CIADI “sea retirado inmediatamente al momento de la denuncia, excluyendo de esta forma cualesquier nuevas demandas bajo

²⁸ *Ibid.*, que cita a Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, pág. 1280 (Anexo RL-0162).

²⁹ Transcripción de la audiencia día 1, págs. 61-65; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 362:12-22, pág. 363: 1-4, pág. 363:4-10, pág. 364:1-3, pág. 364:18-20, pág. 383:1-15.

³⁰ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 378:7-15, pág. 379:15-22, pág. 380:1-2.

³¹ MOBJ, párr. 105, que cita a Christoph Schreuer, “Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration” en Michael Waibel et al. (eds), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Kluwer Law International, 2010), pág. 361 (Anexo RL-0163); Transcripción de la audiencia día 1, pág. 60:16-19; Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, pág. 1280 (Anexo RL-0162). Venezuela interpreta los términos “consentimiento ... dado por alguno de ellos” como si se refirieran al consentimiento otorgado por el Estado Contratante que denunciara al Convenio del CIADI, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o [a] los nacionales de dicho Estado: véase Transcripción de la audiencia día 2, pág. 363:16-22, pág. 364: 1, pág. 364:15-19, pág. 365:20-21, pág. 366:1-4, pág. 384:19-22, pág. 385:1-2, pág. 431:17-22, pág. 432:1-12.

³² TCMJ, párrs. 32, 39; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 175:12-15, 22, pág. 23:1-2.

³³ TCMJ, párrs. 39, 40; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 177:12-20.

la Convención [CIADI]³⁴, y que Transban estaba impedida para presentar la SdA debido a que no había perfeccionado el consentimiento con anterioridad a la Notificación de Denuncia³⁵. Transban rechaza el argumento de Venezuela relativo al efecto inmediato de su Notificación de Denuncia fundada en la Regla 20 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI³⁶ por ser contrario a la redacción expresa del Artículo 71 del Convenio del CIADI³⁷. Además, Transban alega que la Regla 20 del Reglamento Administrativo y Financiero de ninguna manera confirma que un Estado deja de ser un Estado Contratante el día que el Banco Mundial recibe la notificación de denuncia³⁸.

57. Transban hace hincapié en que el Tribunal en *Venoklim* rechazó la misma postura de Venezuela³⁹. El Tribunal en *Venoklim* señaló que los argumentos de Venezuela contradicen el sentido corriente de los Artículos 71 y 72 del Convenio del CIADI por el hecho de otorgarle un efecto inmediato a la denuncia⁴⁰. Según lo expresara el Tribunal en *Venoklim*, la postura de Venezuela violó los principios básicos de seguridad jurídica al momento de impedirles a los inversionistas que supieran de antemano que se aproximaba la denuncia del Convenio del CIADI: la imposibilidad de interponer procedimientos de arbitraje con posterioridad a la recepción de la Notificación de Denuncia por parte del CIADI viciaría el período de seis meses que precede a la entrada en vigor de la notificación de denuncia conforme al Artículo 71 del Convenio del CIADI y lo privaría de su sentido corriente⁴¹. La redacción del Artículo 71 del Convenio del CIADI no ofrece respaldo alguno para el intento de Venezuela de restringir el alcance y los efectos del período de seis meses⁴².
58. Transban rechaza la noción de que el Artículo 72 del Convenio del CIADI sirva como corolario o excepción al Artículo 71 del Convenio del CIADI: el Artículo 72 es una norma totalmente separada del Artículo 71⁴³. En cambio, el Artículo 72 del Convenio del CIADI limita la extinción de las obligaciones al de mantener la subsistencia de las obligaciones que surgen del consentimiento del Estado denunciante respecto de la jurisdicción del CIADI más allá del período de seis meses indicado en el Artículo 71⁴⁴. Transban cita una versión preliminar de lo que luego fuera el Artículo 72 que indicaba que las “obligaciones (...) surjan de compromisos adquiridos antes de la fecha de dicha notificación [de denuncia], permanecerán en vigor y surtirán efectos⁴⁵”, y argumenta que el Artículo 72 tuvo por finalidad evitar que las denuncias del Convenio del CIADI

³⁴ TOB, párr. 39; TCMJ, párr. 30; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 177:1-4.

³⁵ TCMJ, párrs. 37, 38; que cita al MOBJ, párrs. 101, 108.

³⁶ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 57:20-22, pág. 58:1-10, pág. 58:6-9, pág. 60:2-7.

³⁷ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 180:20-22, pág. 181:1.

³⁸ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 181:13-15.

³⁹ TOB, párr. 40; TCMJ, párr. 43.

⁴⁰ *Venoklim v. Venezuela*, párr. 62.

⁴¹ TOB, párr. 40; TCMJ, párrs. 6, 43; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 175:19-22, pág. 176:1-2; véase *Venoklim v. Venezuela*, párrs. 62-63, 65.

⁴² TCMJ, párr. 45; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 177:6-20. Transban solicita que la postura minoritaria del Prof. Schreuer respecto de los Artículos 71 y 72 del Convenio del CIADI, invocados por Venezuela, “no debe ser tomad[a] en cuenta por el Tribunal”: véase TCMJ, párr. 44, nota al pie 54, que cita a diversos doctrinarios que adoptan una postura contraria a la del Prof. Schreuer y que, en cambio, consideran que el inversionista puede presentar una solicitud de arbitraje durante el período de seis meses dispuesta en el Artículo 71 del Convenio del CIADI.

⁴³ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 138:5-7, 24-25, pág. 139:1, 7-9, 18-19.

⁴⁴ TCMJ, párrs. 33, 39-40; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 139:10-14.

⁴⁵ TCMJ, párr. 34, que cita al *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados: Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention* 302, Tomo I (1970).

operaran como retiros de consentimientos al arbitraje previamente expresados⁴⁶. Como sustento de ello, Transban invoca el Artículo 70(1)(b) de la CVDT según el cual la terminación de un tratado “no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación⁴⁷”. Asimismo, el Tribunal en *Venoklim* consideró que el Artículo 71 dispone las consecuencias futuras de las denuncias, mientras que el Artículo 72 garantiza el respeto a los derechos y obligaciones adquiridos con anterioridad a la denuncia y establece la irretroactividad de las denuncias⁴⁸.

59. Transban hace hincapié en que en ninguna parte del Artículo 72 del Convenio del CIADI se hace referencia al “consentimiento perfeccionado”; por el contrario, el Artículo 72 refiere solamente al consentimiento expresado por el Estado Contratante y “no requiere aceptación por parte del inversor para que se constituya en ‘consentimiento’”⁴⁹. El Tribunal en *Venoklim* consideró que el consentimiento al que se hace referencia en el Artículo 72 del Convenio del CIADI corresponde al Estado demandado: en el contexto de un arbitraje inversionista-Estado, el Artículo 72 se refiere a la oferta de arbitraje unilateral que formula el Estado y no al perfeccionamiento de dicho consentimiento mediante la aceptación del inversionista de la oferta de arbitraje unilateral del Estado⁵⁰. Además, Transban compara el Artículo 72 con el preámbulo al Convenio CIADI y el Artículo 25 que especifican el consentimiento expresado por ambas partes contendientes⁵¹.
60. Transban señala que el Sr. Broches se apresuró a limitar su declaración citada por Venezuela: si la oferta de someter a arbitraje una diferencia formulada de manera unilateral por un Estado fuera aceptada con anterioridad a la denuncia del Convenio del CIADI, entonces las controversias que surjan entre el Estado y el Inversor tras la fecha de la denuncia seguirán siendo sometidas a la jurisdicción del Centro⁵². Asimismo, Transban señala que el Sr. Broches hizo referencia a la denuncia en sí misma y no a la notificación de denuncia. Transban alega que los comentarios del Sr. Broches probablemente fueran aplicables respecto de las denuncias que ya habían surtido efecto, y que el consentimiento para someter a arbitraje una diferencia relativa a inversiones perfeccionado dentro del período de seis meses con anterioridad a que la denuncia surtiera efecto colocaría válidamente, por lo tanto, dicha solicitud de arbitraje dentro de la jurisdicción del tribunal del CIADI⁵³.
61. Los Artículos 8(1) y 8(4) del TBI permiten trasladar un paso más allá la oferta en firme de Venezuela, basada en el tratado, de expresar el consentimiento para someter a arbitraje una diferencia relativa a inversiones por el hecho de proporcionar de forma evidente su consentimiento incondicional de someter las diferencias del TBI a la

⁴⁶ TCMJ, párr. 34, nota al pie 38, *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention*, Tomo II, Parte 2 (1968) (en adelante, *History of the ICSID Convention*) (Anexo CL-0115).

⁴⁷ Si bien reconoce que Venezuela no es un Estado Parte de la CVDT, Transban insiste en la guía que proporciona la CVDT, ya que se reconoce ampliamente que ha codificado el derecho internacional consuetudinario: TCMJ, párr. 35, nota al pie 40.

⁴⁸ *Venoklim v. Venezuela*, párr. 64.

⁴⁹ TCMJ, párr. 53.

⁵⁰ *Venoklim v. Venezuela*, párr. 65.

⁵¹ TCMJ, párr. 53, nota al pie 65.

⁵² TCMJ, párr. 51, que cita a *History of the ICSID Convention*, pág. 1010 (Anexo CL-0115).

⁵³ TCMJ, párr. 51.

jurisdicción del CIADI⁵⁴. Transban alega que, en *Tidewater*⁵⁵, Venezuela reconoció que se satisface el requisito de expresar un consentimiento independiente por escrito por parte del Estado contendiente conforme al Artículo 25(1) del Convenio del CIADI cuando el tratado pertinente establece el sometimiento obligatorio a arbitraje, tal como dispone el Artículo 8 del TBI. Por lo tanto, la decisión de someter una diferencia al CIADI recae solamente en el inversionista protegido⁵⁶.

62. Asimismo, Transban alega que la postura de Venezuela contradice el objeto y fin del Convenio del CIADI de fomentar la inversión internacional privada por medio de la disponibilidad legalmente garantizada de mecanismos para el arbitraje internacional al momento de impedir que un Estado Contratante del Convenio del CIADI extinga su obligación de someter diferencias relativas a inversiones a la jurisdicción del CIADI sin notificación previa alguna⁵⁷. Según expresara Transban, la postura de Venezuela también podría “anular el amplio consentimiento y la protección otorgados por el TBI”, ya que, conforme al Artículo 8 del TBI, el CIADI es “el único medio de resolución de diferencias entre el inversionista y el Estado”; el Artículo 72 del Convenio del CIADI tiene por objeto, precisamente, prevenir dicho estancamiento⁵⁸.

2. Fecha Crítica para Determinar la Jurisdicción del CIADI

a. Postura de la Demandada

63. Venezuela alega que, incluso si el Tribunal decidiera que Transban puede expresar el consentimiento al arbitraje durante los seis meses posteriores a la recepción de la Notificación de Denuncia por parte del Banco Mundial, la SdA de Transban ha sido presentada fuera de tiempo⁵⁹. Venezuela denunció el Convenio del CIADI el 24 de enero de 2012, lo que significa que el período subsiguiente de seis meses en virtud del Artículo 71 del Convenio del CIADI venció el 24 de julio de 2012⁶⁰.
64. En primer lugar, Venezuela alega que “la fecha crítica para determinar el cumplimiento de los requisitos jurisdiccionales es la fecha de inicio del procedimiento”⁶¹. Venezuela invoca la Regla 6(2) de las Reglas de Iniciación del CIADI la cual considera que el inicio de un procedimiento ante el CIADI tiene lugar “en la fecha en que se registre la solicitud”⁶². El CIADI registró la SdA el 27 de agosto de 2012, fecha que debería servir, en consecuencia, como fecha decisiva⁶³. Venezuela sostiene que el Profesor Schreuer expresó la opinión de que la fecha de registro es la fecha pertinente para determinar “todos los requisitos jurisdiccionales”⁶⁴.

⁵⁴ TCMJ, párrs. 27-28, 54.

⁵⁵ TCMJ, párr. 28, que cita a *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., Twenty Grand Offshore, L.L.C., Point Marine, L.L.C., Twenty Grand Marine Service, L.L.C., Jackson Marine, L.L.C. & Zapata Gulf Marine Operators, L.L.C. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, Decisión sobre Jurisdicción (8 de febrero de 2013), párr. 33.

⁵⁶ TCMJ, párr. 28.

⁵⁷ TCMJ, párr. 41; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 175:19-22, pág. 176:1-2.

⁵⁸ TCMJ, párr. 42.

⁵⁹ MOBJ, párrs. 97-98; 107, 115, 123.

⁶⁰ MOBJ, párrs. 107, 111.

⁶¹ MOBJ, párr. 109.

⁶² *Ibid.*

⁶³ MOBJ, párrs. 107, 110-111. Venezuela no reiteró que la fecha de registro de la SdA debería servir como fecha decisiva en ocasión de la audiencia sobre bifurcación de las excepciones a la jurisdicción.

⁶⁴ MOBJ, párrs. 112, que cita a Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, pág. 144 (Anexo RL-0162).

65. En segundo lugar, Venezuela alega que Transban presentó su SdA el 25 de julio de 2012⁶⁵: Venezuela invoca una carta del CIADI, de fecha 25 de julio de 2012, que indica que la SdA había sido recibida por el CIADI el 25 de julio de 2012⁶⁶. Con arreglo a las Reglas 2 y 4 de las Reglas de Iniciación y a la Regla 29 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, la fecha crítica debería ser la fecha de recepción de una copia impresa firmada en original de la SdA y cinco copias impresas adicionales en la sede del CIADI⁶⁷. Debido a que el CIADI recibió la copia impresa de la SdA firmada en original el 25 de julio de 2012, Venezuela alega que la SdA fue presentada con posterioridad a la finalización del período de seis meses antes de que la Notificación de Denuncia surtiera efecto, es decir, después del 25 de julio de 2012 a las 00.00⁶⁸.
66. Venezuela rechaza la noción de que las normas procesales determinadas por este Tribunal son aplicables a la presentación de la SdA: las Reglas de Iniciación y el Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI se aplican a la SdA al momento de su presentación y estas normas no representan “hipertecnicismos”⁶⁹.

b. Postura de la Demandante

67. En primer lugar, Transban insiste en una clara distinción entre el acto de iniciación del procedimiento y la iniciación del procedimiento por parte de una entidad administrativa⁷⁰ e invoca el sentido común para sostener que la fecha de registro de la SdA por parte del CIADI no debería servir como fecha crítica dado que ella depende casi exclusivamente de las acciones del Secretariado del CIADI, en oposición a las acciones de las partes contendientes⁷¹. En opinión de Transban, la fecha de presentación de la SdA es la fecha crítica para comprobar el consentimiento de las Partes.⁷² Transban rechaza el argumento de Venezuela⁷³, fundado en la Regla 6(2) de las Reglas de Iniciación del CIADI, respecto de que el registro de la SdA por parte del CIADI el 27 de agosto de 2012 debería servir como fecha crítica⁷⁴. Transban ilustra este argumento invocando el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI y la Regla 6(1)(b) de las Reglas de Iniciación del CIADI las cuales convocan al Secretariado del CIADI para registrar la solicitud de arbitraje a menos que ella no se encuentre comprendida, de forma manifiesta, dentro de la jurisdicción del CIADI: Transban alega que el Secretariado del CIADI estaría en una posición insostenible si la solicitud de arbitraje no estuviera comprendida dentro de la jurisdicción del CIADI a causa de su propia demora para registrar una solicitud⁷⁵.

⁶⁵ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 73:7-13.

⁶⁶ MOBJ, párrs. 107, 119, 120, y Anexo R-0002; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 375:12-22, pág. 376:1-3.

⁶⁷ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 73:16-21, pág. 74:7-14; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 374:4-9.

⁶⁸ MOBJ, párrs. 97, 115-117; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 389:10-13. Además, Venezuela alega que Transban argumenta que la fecha de la Notificación de Denuncia es el 25 de enero de 2012; véase MOBJ, párr. 121, pero pareciera que Transban modificó su postura y reconoce que la fecha de la Notificación de Denuncia es el 24 de enero de 2012; véase TCMJ, párr. 29, nota al pie 33.

⁶⁹ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 74:4-9; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 374:7-17.

⁷⁰ TCMJ, párr. 63.

⁷¹ TCMJ, párr. 62.

⁷² *Ibid.*

⁷³ MOBJ, párrs. 107, 109-111.

⁷⁴ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 180:10-12.

⁷⁵ TCMJ, párr. 62.

68. Transban se funda en la decisión del tribunal en *Venoklim* respecto de que la fecha crítica para determinar la existencia del consentimiento perfeccionado es la fecha de presentación de la SdA⁷⁶, así como también en una diversidad de fuentes doctrinarias y laudos de arbitraje a tales efectos⁷⁷. Transban invoca los siguientes elementos como indicadores de que el sometimiento de una diferencia al CIADI tiene lugar en el momento en el cual el inversionista presenta su solicitud. En primer lugar, la “jurisprudencia establecida” de la Corte Internacional de Justicia respalda la opinión de que “la jurisdicción debe determinarse en el momento en el cual el acto que instituye el procedimiento fue consignado”⁷⁸. En segundo lugar, el Artículo 8(1) del TBI utiliza los términos “se someterá, a solicitud del nacional o la sociedad interesada, [al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones]”⁷⁹. En tercer lugar, la Regla 2 de las Reglas de Iniciación del CIADI dispone que la solicitud de arbitraje debe indicar la fecha del consentimiento; el concepto “fecha del otorgamiento del consentimiento” se define como “la fecha en que la última lo haya hecho”⁸⁰, que Transban interpreta como la fecha de presentación de la SdA⁸¹.
69. Transban invoca el párrafo 13.6 de la Resolución Procesal No. 2, el cual considera que la fecha en la que se envían las versiones electrónicas de los documentos constituye la fecha oficial de la recepción de los escritos o comunicaciones⁸², como sustento adicional de su opinión de que la presentación de la SdA se satisface en el momento en el cual el emisor completa su último acto necesario para el envío de dicha solicitud⁸³.
70. Transban señala que, aparte de su argumento en el cual insiste en que la fecha de registro de la SdA por parte del CIADI es la fecha crítica, pareciera que Venezuela supone una equivalencia entre la fecha del consentimiento al arbitraje, la fecha de presentación de la SdA y la fecha del envío de la SdA⁸⁴, y, en su lugar, pareciera que Venezuela ha hecho hincapié en objetar la fecha real en la cual Transban había presentado la SdA⁸⁵.
71. En segundo lugar, Transban alega que presentó la SdA - y expresó así su consentimiento - el 24 de julio de 2012 (es decir, dentro de los seis meses de la Notificación de Denuncia), no el 25 de julio de 2012 tal como sostiene Venezuela, y que el CIADI confirmó la recepción de la SdA por medio de una carta el día siguiente⁸⁶. Transban hace referencia a una carta de Venezuela enviada al CIADI en la cual esta última reconoce que Transban presentó la SdA el 24 de julio de 2012⁸⁷. Transban además

⁷⁶ TOB, párr. 44, que cita a *Venoklim v. Venezuela*, párr. 63.

⁷⁷ TCMJ, párr. 58, nota al pie 72.

⁷⁸ TCMJ, párr. 63, que cita a *Arrest Warrant of 11 April 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, Sentencia, Informes de la C.I.J. 2002, pág. 3, párr. 26.

⁷⁹ TCMJ, párr. 64.

⁸⁰ TCMJ, párr. 59.

⁸¹ TCMJ, nota al pie 74; TCMJ, párr. 60. Además, Transban cita el *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, Doc. ICSID/2 (8 de marzo de 1965), párr. 23 (Anexo CL-0117), en respaldo de su consideración de que la fecha de presentación de la SA es la fecha decisiva para la determinación del consentimiento perfeccionado respecto del presente procedimiento de arbitraje.

⁸² TCMJ, párr. 67.

⁸³ TCMJ, párr. 67, nota al pie 86.

⁸⁴ MOBJ, párrs. 107, 115.

⁸⁵ TCMJ, nota al pie 73; MOBJ, párr. 109; TCMJ, nota al pie 86; que cita al MOBJ, párr. 115.

⁸⁶ TOB, párr. 43; TCMJ, párrs. 6, 29, 66; MOBJ, párrs. 107, 119, 120, y Anexo R-0002.

⁸⁷ TCMJ, párr. 68, nota al pie 88 y Anexo C-0103, pág. 5; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 179:11-13.

invoca las siguientes pruebas, todas ellas de fecha 24 de julio de 2012, como evidencia de que la SdA fue presentada ese mismo día: el correo electrónico enviado al Secretariado del CIADI en el que se adjuntaba la SdA, las confirmaciones electrónicas de UPS que confirman la recepción de la información relevante enviada por correo postal relativa a la SdA, y una orden de pago por medio de transferencia electrónica de los derechos de registro del CIADI por parte de DLA Piper en representación de Transban⁸⁸. Además, el Secretariado del CIADI reconoció haber recibido previamente el pago de los derechos de registro por el hecho de transmitir una copia de la SdA y de documentación relativa a Venezuela el 25 de julio de 2012⁸⁹.

72. Transban rechaza como un hiper-tecnicismo el argumento de Venezuela relativo a las Reglas 2 y 4 de las Reglas de Iniciación y a la Regla 29 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI y según el cual el envío al CIADI de una copia impresa firmada en original y de cinco copias impresas resultaba necesario para Transban a fin de expresar su consentimiento al arbitraje⁹⁰. Transban recuerda que el envío de la SdA por medio de correo electrónico el 24 de julio de 2012 tuvo lugar de forma instantánea⁹¹.

3. Análisis del Tribunal

73. La primera cuestión que el Tribunal debe resolver es el efecto jurídico de la notificación de denuncia del Convenio del CIADI por parte de Venezuela en virtud de su Artículo 71. Dicho Artículo dispone lo siguiente:

Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación.

74. Está establecido y las Partes acuerdan que el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial), que es el depositario del Convenio, recibió la Notificación de Denuncia por parte de Venezuela el 24 de enero de 2012⁹². El período de seis meses, indicado en el Artículo 71 del Convenio, comenzó a regir el 25 de enero de 2012 y venció el 24 de julio de 2012. Hasta dicho día inclusive, Venezuela permaneció revistiendo el carácter de Estado Contratante del Convenio del CIADI. A partir del 25 de julio de 2012, Venezuela dejó de ser un Estado Contratante del Convenio del CIADI.
75. Las consecuencias jurídicas de la extinción de un tratado, respecto del cual la denuncia es una de sus formas, están determinadas por el propio tratado, o en caso de que dicho tratado no contemple disposiciones en tal sentido, por el derecho internacional general. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no es aplicable en tal calidad

⁸⁸ TCMJ, párr. 67, nota al pie 85 y Anexos C-0099, C-0100 y C-0101; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 179:5-10.

⁸⁹ Anexo R-0002.

⁹⁰ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 179:14-22, pág. 180:1-8, pág. 180:5-8.

⁹¹ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 179:15-17.

⁹² Véase Comunicados de Prensa del CIADI, de fecha 26 de enero de 2012 en el que se informa que el 24 de enero de 2012 el Banco Mundial recibió por escrito la Notificación de Denuncia del Convenio por parte de la República Bolivariana de Venezuela. Asimismo, el Comunicado de Prensa del CIADI informa que “[d]e conformidad con lo dispuesto en el Artículo 71 del Convenio del CIADI, la denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de la notificación de Venezuela, es decir, el 25 de julio de 2012”. Además, el Comunicado de Prensa del CIADI confirma que, tal como se dispone en el Artículo 75 del Convenio del CIADI, el Banco Mundial, en calidad de depositario del Convenio, ha notificado a todos los Estados signatarios del CIADI respecto de dicha denuncia (Anexo R-0003).

en el presente caso porque Venezuela no es un Estado Parte de dicha Convención. Sin embargo, otro tribunal de arbitraje ha considerado que el Artículo 70 de la Convención de Viena refleja el derecho internacional consuetudinario⁹³ y no se ha invocado argumento alguno ante el Tribunal que sugiera lo contrario. Conforme a la norma codificada en dicha disposición, “salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la terminación de un tratado en virtud de sus disposiciones. . . a) eximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado; b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación”. En caso de denuncia de un tratado multilateral, y el Convenio del CIADI ostenta dicha naturaleza, la norma *supra* es aplicable a las relaciones entre el Estado que ha denunciado el tratado y cada una de las otras partes del tratado a partir de la fecha en que dicha denuncia surte efecto⁹⁴.

76. En virtud de esta norma - a menos que el Convenio del CIADI disponga en contrario - y a partir del 25 de julio de 2012 Venezuela ha quedado eximida de cualquier obligación subsiguiente relativa al cumplimiento del Convenio del CIADI, mientras que cualquiera de los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas creadas por medio del cumplimiento del Convenio con anterioridad a que su denuncia surtiera efecto no fueron afectados.
77. El Convenio del CIADI contiene sólo un Artículo específico que hace referencia a la Notificación de Denuncia conforme al Artículo 71, dejando de lado el Artículo 75 que contempla las funciones del depositario del Convenio dentro de las cuales también está su obligación de notificar a todos los Estados signatarios respecto de la denuncia en virtud del Artículo 71. Dicho Artículo específico es el Artículo 72 que reza lo siguiente:

Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70⁹⁵ y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario. (nota al pie agregada)

Venezuela ejerció su derecho de retirarse del Convenio del CIADI conforme al Artículo 71 por medio de su Notificación de Denuncia dirigida al Banco Mundial, en calidad de depositario del Convenio, recibida el 24 de enero de 2012.

78. En opinión del Tribunal, el Artículo 72 es una suerte de cláusula de salvaguardia. Esta opinión está respaldada por el hecho de que también se refiere a la notificación conforme al Artículo 70 que reza de la siguiente manera:

Este Convenio se aplicará a todos los territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable un Estado Contratante salvo aquellos que dicho Estado excluya mediante notificación escrita dirigida al

⁹³ El tribunal de arbitraje en *Rainbow Warrior* declaró que “ciertas disposiciones específicas del derecho consuetudinario contempladas en la Convención de Viena son relevantes en el presente caso, tales como. . . el Artículo 70 en virtud de las consecuencias legales de la terminación de un tratado”. [Traducción del Tribunal] *Caso relativo al Asunto del Rainbow Warrior (Nueva Zelanda/Francia)*, Decisión de fecha 30 de abril de 1990, RIAA, tomo XX, pág. 251, párr. 75.

⁹⁴ Véase Artículo 70(2) de la CVDT.

⁹⁵ El Artículo 70 contempla la aplicabilidad territorial del Convenio.

depositario de este Convenio en la fecha de su ratificación, aceptación o aprobación, o con posterioridad.

El objeto del Artículo 72 es, por lo tanto, preservar los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas que hayan surgido con anterioridad al recibo de notificaciones conforme al Artículo 70 o al Artículo 71 del Convenio.

79. El Artículo 72 se refiere a los derechos y obligaciones conforme al Convenio que surgen del consentimiento a la jurisdicción del Centro expresado por el Estado (o sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado). El consentimiento a la jurisdicción del Centro expresado por el Estado no deriva de la participación del Estado en el Convenio del CIADI. El Preámbulo del Convenio es claro al respecto, más allá de toda duda, cuando en su último párrafo reza lo siguiente:

Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a... arbitraje, *a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado.* (énfasis agregado)

Así, de forma adicional a ser Parte del Convenio del CIADI, el Estado debe expresar “*su consentimiento*” para someter la diferencia a arbitraje. Venezuela expresó dicho consentimiento para someter las diferencias al arbitraje internacional a un inversionista de nacionalidad barbadense en el TBI que celebrara con Barbados el 15 de julio de 1994⁹⁶. Su Artículo 8, intitulado “Arreglo de Controversias entre una Parte Contratante y Nacionales o Sociedades de la otra Parte Contratante”, reza, en el párrafo 4, lo siguiente:

Cada Parte Contratante de *su consentimiento incondicional* para el sometimiento de las controversias a que se refiere el párrafo (1) de este artículo al arbitraje internacional de conformidad con lo estipulado en este artículo. (énfasis agregado)

El párrafo 1, al que se hace referencia en el párrafo 4, indica las diferencias que se definen allí de la siguiente manera:

Las controversias entre una Parte Contratante y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante que se refieran a las obligaciones de aquella conforme a este Acuerdo en relación con una inversión,

se someterá (...) al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (...)

80. Por lo tanto, el consentimiento expresado por Venezuela al arbitraje internacional de diferencias relativas a inversiones con inversionistas de Barbados está contenido en el TBI y dicho consentimiento permanece vigente. No obstante, este consentimiento por sí solo no resulta suficiente para establecer la jurisdicción del CIADI. Hay otras dos condiciones adicionales que se deben satisfacer. En primer lugar, el consentimiento de Venezuela debe coincidir con el consentimiento del inversionista de Barbados. El Convenio del CIADI establece este requisito de forma clara. Los Estados Contratantes

⁹⁶ El TBI, que entrara en vigor el 31 de octubre de 1995, sigue en vigor.

reconocen, en el Preámbulo del Convenio del CIADI, que “el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias [es decir, relativas a inversiones] (...) a (...) arbitraje (...) constituye un acuerdo obligatorio”. Asimismo, el Artículo 25 del Convenio del CIADI, en su párrafo (1) dispone lo siguiente:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes *hayan consentido por escrito* en someter al Centro. El *consentimiento dado por las partes* no podrá ser unilateralmente retirado. (énfasis agregado)

Transban expresó su consentimiento por escrito al momento de presentar la SdA. La cuestión a definir es si lo hizo de forma oportuna.

81. La segunda condición es que el Estado de la nacionalidad del inversionista y el Estado con el cual el inversionista mantiene la diferencia relativa a inversiones sean Partes o, para emplear los términos del Convenio del CIADI, Estados Contratantes en virtud del Convenio, tal como lo dispone su Artículo 25 recientemente citado *supra*.
82. El consentimiento de Venezuela al arbitraje internacional, a los efectos del presente caso, está expresado en el TBI (véase el párrafo 79 *supra*), y no en el Convenio del CIADI. Una acción en virtud de este último instrumento, tal como la notificación de su denuncia, no puede afectar al TBI en sí mismo. Sólo puede afectar los derechos y obligaciones conforme al Convenio *per se*. Debido a que el TBI sigue en vigor, el consentimiento de Venezuela al arbitraje internacional también permanece en vigencia.
83. La cuestión a resolver por el Tribunal radica en determinar si el inversionista puede expresar su consentimiento al arbitraje del CIADI en el período posterior a la recepción de la notificación de denuncia por parte del depositario del Convenio del CIADI y con anterioridad a que dicha notificación surta efecto. No hay elemento alguno en el Artículo 72 del Convenio del CIADI que sugiera que este no podría ser el caso. Dicho Artículo analiza la cuestión relativa al consentimiento a la jurisdicción del Centro expresado por el Estado Contratante, que ha notificado al depositario respecto de su denuncia del Convenio con arreglo al Artículo 71, así como el consentimiento expresado por cualquier subdivisión política u organismo público o el nacional de dicho Estado. El propósito de este Artículo es, conforme al Convenio, preservar los derechos y obligaciones de dicho Estado o sus subdivisiones políticas u organismos públicos o sus nacionales que surjan de *sus respectivos* consentimientos a la jurisdicción del Centro expresados con anterioridad a la recepción por parte del depositario de la notificación de denuncia de dicho Estado. El factor temporal del Artículo 72 se vincula con el consentimiento expresado por el Estado denunciante o sus subdivisiones políticas u organismos públicos o sus nacionales, no con los derechos y obligaciones de conformidad con el Convenio del CIADI. No es de esperar que una vez que el Estado decide denunciar el Convenio del CIADI, luego, y de todos modos, preste su consentimiento a la jurisdicción del Centro.
84. Es verdad que la jurisdicción del Centro se funda en el consentimiento mutuo de ambas partes, el inversionista y el Estado, y que dicho consentimiento mutuo constituye un acuerdo de arbitraje vinculante. El texto del Artículo 72 no crea un obstáculo que le

impida al inversionista expresar su consentimiento al arbitraje del CIADI con posterioridad a la recepción por parte del depositario de la notificación de denuncia. Si el Estado denunciante expresó su consentimiento a la jurisdicción del Centro antes de notificar al depositario de la denuncia del Convenio, y si el inversionista expresó su consentimiento por escrito cuando el Convenio aún estaba vigente para el Estado denunciante, el consentimiento mutuo de ambas partes existe y constituye un acuerdo de arbitraje vinculante.

85. El Tribunal opina que mientras Venezuela permaneció como Parte del Convenio del CIADI, estaba abierta la posibilidad para la Demandante (Transban) de expresar su consentimiento por escrito al arbitraje del CIADI; Venezuela había expresado su consentimiento previamente en el año 1995 cuando entró en vigor su TBI con Barbados. El último día que Venezuela fue Estado Contratante del Convenio del CIADI fue el 24 de julio de 2012.
86. Ello lleva al Tribunal a determinar si Transban expresó su consentimiento de forma oportuna.
87. Transban expresó su consentimiento a la jurisdicción del Centro en su SdA. La fecha de dicha Solicitud es el 24 de julio de 2012. Ese mismo día el Secretariado del CIADI recibió la Solicitud de forma electrónica. El párrafo 1 del Artículo 25 del Convenio del CIADI requiere que el consentimiento para someter una diferencia relativa a inversiones al Centro debe expresarse “por escrito”. Asimismo, el párrafo 1 del Artículo 36 del Convenio dispone que la solicitud de arbitraje sea enviada por escrito al Secretario General. La cuestión radica en determinar si este requisito puede satisfacerse mediante una copia escaneada de la Solicitud, debidamente firmada, que fuera enviada como documento adjunto al correo electrónico remitido a la Secretaria General del CIADI, si luego se “confirma” dicha copia escaneada por medio de la recepción de una copia impresa original de la Solicitud (junto con la cantidad requerida de copias adicionales) por parte del Secretariado del CIADI, tal como ocurriera en el presente caso⁹⁷.
88. Cuando el Artículo 25 del Convenio requiere que el consentimiento sea expresado “por escrito”, es evidente que debe expresarse de forma escrita, es decir, expresado en un documento en papel, no sólo de manera verbal. El hecho de disponer del consentimiento por escrito facilita la prueba de su existencia⁹⁸. En el presente caso, no hay duda alguna de que la Demandante expresó su consentimiento a la jurisdicción del Centro, y que dicho consentimiento fue expresado por medio de las palabras escritas en la SdA. Tampoco hay dudas de que éste consentimiento fue expresado el 24 de julio de 2012 cuando el CIADI recibió la copia escaneada de la SdA como documento adjunto al correo electrónico enviado por el Asesor Legal de la Demandante. Así, el CIADI tomó conocimiento de dicho consentimiento a partir del momento de la recepción de la copia escaneada de la SdA.
89. En opinión del Tribunal, resulta necesario distinguir entre prestar el consentimiento al arbitraje, incluso cuando está expresado en la SdA, y la presentación de dicha Solicitud. Es posible que la fecha en la que se presta el consentimiento y la fecha en la que se presenta la Solicitud no coincidan, la segunda puede ser posterior a la primera.

⁹⁷ La copia impresa original fue recibida por el Secretariado del CIADI el 25 de julio de 2012 (Anexo R-0002).

⁹⁸ Se podría recordar la máxima en latín *Littera scripta manet*.

90. La SdA debe ser un documento escrito, tal como se especifica en el párrafo 1 del Artículo 36 del Convenio del CIADI el cual dispone que una parte “que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte”⁹⁹.
91. El Tribunal señala que en el momento de adopción del Convenio en el año 1965 se desconocían o no se habían contemplado los referidos medios de comunicación modernos tales como el envío de documentos por facsímile, o el escaneo o el envío por correo electrónico. Todos estos desarrollos tecnológicos surgieron posteriormente¹⁰⁰. En opinión del Tribunal, el término “por escrito” debería interpretarse de forma razonable como que incluye los desarrollos de la tecnología. De hecho, tal como lo observara la Corte Internacional de Justicia “cuando las partes hayan empleado términos genéricos en un tratado, necesariamente teniendo conocimiento de que el significado de los términos puede evolucionar con el transcurso del tiempo, y cuando el período de vigencia del tratado sea extenso o de ‘duración continua’, las partes deben considerar, como regla general, que la intención de dichos términos suponía un significado que podría evolucionar”¹⁰¹ [Traducción del Tribunal]. El Tribunal hace referencia a una línea similar de razonamiento en la “Recomendación relativa a la interpretación del párrafo (2) del artículo II, y el párrafo (1) del artículo VII, de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio 1958” adoptada por la CNUDMI el 7 de julio de 2006. Recomienda que los requisitos en el artículo II (2) de la Convención de 1958, que incluyen el requisito “por escrito”, “se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas”¹⁰².
92. El Tribunal considera que no sólo se recibió la copia escaneada de la SdA el 24 de julio de 2012 sino que también el documento original fue enviado el mismo día por correo postal por medio de servicios de mensajería internacional (*courier*) en el Estado de Florida, y entregado al Secretariado del CIADI al día siguiente. Asimismo, el 24 de julio de 2012, la Demandante realizó una transferencia electrónica de fondos en concepto del derecho de registro requerido para la Solicitud; dicho derecho de registro fue recibido el mismo día por el CIADI en su cuenta bancaria.
93. El Tribunal concluye que la Demandante expresó su consentimiento de forma oportuna, en el momento en que Venezuela todavía era Estado Contratante del Convenio del CIADI. El Tribunal resuelve, asimismo, que la Demandante presentó su Solicitud a la Secretaria General del CIADI cuando todavía se podían incoar procedimientos de arbitraje o conciliación ante el Centro en contra de Venezuela. En virtud de lo expuesto

⁹⁹ Énfasis agregado.

¹⁰⁰ En la década de 1960 y, al menos, a principios de 1970, los documentos jurídicos se redactaban en máquinas de escribir y las copias se generaban utilizando papel carbónico.

¹⁰¹ *Controversia relativa a Derechos de Navegación y Derechos Conexos (Costa Rica c. Nicaragua)*, Sentencia, Informes de la C.I.J. 2009, pág. 243, párr. 66.

¹⁰² Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006, Naciones Unidas, Viena 2008, Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: E.08.V.4, Parte Tres, pág. 40. El texto del Artículo II(2) de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras dispone lo siguiente: “La expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”.

supra, se desestima la excepción a la jurisdicción *ratione temporis* del Centro presentada por Venezuela¹⁰³.

VI. EXCEPCIÓN A LA JURISDICCIÓN *RATIONE PERSONAE*: AUSENCIA DEL INVERSIONISTA PROTEGIDO

1. Sociedades como Inversionistas Protegidos bajo el Artículo 1(d) del TBI

94. En su segunda excepción a la jurisdicción del Centro, Venezuela alega que Transban no califica como inversionista extranjero protegido conforme al Convenio del CIADI y al TBI¹⁰⁴. A sus propios efectos, el Artículo 1(d) del TBI define el término sociedades. Reza lo siguiente:

‘sociedades’ significa, con respecto a cada Parte Contratante, las corporaciones, consorcios y asociaciones organizadas o constituidas de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente de la respectiva Parte Contratante;

A los fines de la Convención citada en el Artículo 8¹⁰⁵, ‘sociedad’ incluirá toda sociedad organizada o constituida de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente en una de las Partes Contratantes que sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante o sea efectivamente controlada por ellas.

a. Postura de la Demandada

95. Inicialmente, Transban fue constituida conforme a la legislación de Venezuela en el año 1996¹⁰⁶. Su nombre original era Inversiones Cibanca, C.A. hasta que en el año 1998 optó por una segunda denominación, Inversiones Transbanca, C.A., la cual fue posteriormente reemplazada por su nombre actual, Transban Investments Corp., en el año 2000¹⁰⁷. Venezuela alega que Transban no es una “sociedad” de Barbados. El Artículo 1(d) del TBI requiere que las sociedades hayan sido “...organizadas o constituidas de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente de la respectiva Parte Contratante” para que se las considere una sociedad de dicha Parte Contratante¹⁰⁸. Venezuela argumenta que el Artículo 1(d) del TBI es aplicable a las sociedades organizadas o constituidas conforme a la legislación de Barbados, pero no a las sociedades “continuadas” en virtud de aquella misma legislación¹⁰⁹. Venezuela alega que Transban no satisface este requisito ya que fue constituida con arreglo a la legislación de Venezuela en el año 1996, no a la de Barbados, y simplemente cambió su

¹⁰³ El Árbitro Dr. Santiago Torres Bernárdez no comparte esta conclusión. Tal como se explicara en la opinión que se adjunta a la presente Decisión como Anexo A, él habría confirmado la excepción preliminar *ratione temporis*.

¹⁰⁴ MOBJ, párr. 184.

¹⁰⁵ El título del Artículo 8 es “Arreglo de Controversias entre una Parte Contratante y Nacionales o Sociedades de la otra Parte Contratante”.

¹⁰⁶ MOBJ, párrs. 54, 126; TCMJ, párr. 11.

¹⁰⁷ MOBJ, párrs. 55, 126; TCMJ, párr. 11 y nota al pie 4.

¹⁰⁸ MOBJ, párrs. 125, 127.

¹⁰⁹ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 295:2-4, pág. 294:7-9; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 291:20-21, pág. 341:13-21.

domicilio a Barbados el 1 de agosto de 2001, hecho que “no significa un cambio de nacionalidad”¹¹⁰.

96. Venezuela invoca el Artículo 42 del Convenio del CIADI y alega que en ausencia de un acuerdo en el TBI respecto de la legislación aplicable a la diferencia, el Tribunal debe aplicar la legislación de Venezuela, incluso sus normas relativas a conflicto de leyes, así como las normas pertinentes del derecho internacional¹¹¹. Venezuela argumenta que, conforme al Artículo 20 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, las cuestiones relativas a la capacidad, funcionamiento y disolución de Transban están regidas por la legislación de Venezuela¹¹². En virtud de la continuidad societaria alegada conforme a la Ley de Sociedades de Barbados, Venezuela considera el Artículo 356.1(1) de la *Barbados Companies Act* aplicable a la continuidad societaria, como un fundamento adicional para considerar que el derecho societario Venezuela es aplicable a la presente diferencia: el Artículo 356.1(1) de la Ley de Sociedades de Barbados establece un pre-requisito relativo a la autorización de la continuidad societaria conforme a la legislación de la jurisdicción de origen, en este caso Venezuela¹¹³. Venezuela reconoce y admite que establecer un nuevo domicilio para una entidad societaria en una jurisdicción extranjera no está prohibido por la legislación de Venezuela¹¹⁴, pero sostiene que en la medida en que la continuidad societaria respecto de otro país no esté dispuesta en la legislación de Venezuela, no existe ningún procedimiento previsto para dicha transferencia¹¹⁵. En ausencia de un tratado de autorice dicho nuevo establecimiento de domicilio, Venezuela alega que la sociedad tendría que disolverse en Venezuela antes de volverse a constituir en el extranjero¹¹⁶.
97. Venezuela recuerda que las Partes contendientes y el Tribunal acordaron, en la sección 15.1 de la Resolución Procesal No. 1, adherirse a las Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional a los efectos de la producción de documentos¹¹⁷. Venezuela invoca el Artículo 9.5 de las Reglas de la IBA como fundamento para argumentar que el Tribunal debería obtener tres inferencias negativas de las faltas en la producción de documentos por parte de Transban¹¹⁸. Primera inferencia negativa sugerida: Transban preservó su nacionalidad venezolana¹¹⁹, particularmente porque Transban no presentó prueba alguna para demostrar que ella realmente sucedió a Inversiones Transbanca, C.A.¹²⁰
98. Segunda inferencia negativa: Inversiones Transbanca, C.A. nunca se extinguió válidamente, en particular por medio de disolución o liquidación, y, de hecho, nunca modificó su denominación a Transban¹²¹. Transban no proporcionó prueba alguna de

¹¹⁰ MOBJ, párr. 56. *Ver también* MOBJ, párrs. 54, 126-127.

¹¹¹ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 95:21-22, pág. 96:1-10.

¹¹² Transcripción de la audiencia día 1, pág. 96:18-22, pág. 97:1-16; pág. 97:16-22, pág. 98:1-2.

¹¹³ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 98:1-12, pág. 98:15-22.

¹¹⁴ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 466:22, pág. 467:1-4, pág. 467:1-10, 20-22.

¹¹⁵ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 99:4-7; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 420:15-18.

¹¹⁶ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 466:22, pág. 467:1-8.

¹¹⁷ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 82:21-22, pág. 83:1-4.

¹¹⁸ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 48:10-17; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 83:5-17.

¹¹⁹ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 83:17-21.

¹²⁰ MOBJ, párrs. 54-57, 126. Venezuela hace referencia a un contrato presentado por Transban, el 31 de mayo de 2005, el cual refiere a las modificaciones del estatuto de Inversiones Transbanca (en contraposición a Transban Investments Corp.) como prueba de que continua la existencia de Inversiones Transbanca: MOBJ, párr. 57; Anexo C-0033, págs. 10-11.

¹²¹ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 86:3-10.

que había cancelado su registro ante el Registro Mercantil del Estado de Miranda, Venezuela¹²². El Artículo 280 del Código de Comercio de Venezuela exige un quórum del 75% de los accionistas de una sociedad para disolver válidamente dicha sociedad; debido a que Transban no modificó de forma válida el quórum requerido¹²³ ya que la decisión de Transban de establecer un nuevo domicilio en Barbados fue adoptada con un quórum del 68% de los accionistas, dicha decisión fue inválida y carece de efecto¹²⁴. Por lo tanto, Transban nunca dejó de ser una sociedad venezolana¹²⁵.

99. Tercera inferencia negativa: la sede real de los negocios de Transban permanece ubicada en Venezuela¹²⁶. Venezuela invoca la ausencia de pruebas relativas a que Transban haya cesado sus negocios en Venezuela y subraya que Transban no modificó en nada sus actividades o el control societario por el hecho de cambiar su domicilio a Barbados¹²⁷. Venezuela sostiene que la ausencia de cambios en el objeto societario del estatuto de Transban significa que no hubo modificaciones en la personería jurídica, y, en consecuencia, no hubo cambio de nacionalidad¹²⁸.

b. Postura de la Demandante

100. Transban hace hincapié en que el Artículo 1(d) del TBI establece la nacionalidad societaria y define el término “sociedad” sólo a modo de referencia respecto de su lugar de constitución u organización¹²⁹, y especifica que la legislación en vigor en Barbados resulta aplicable y que es exclusivamente determinante a tales efectos¹³⁰. Transban rechaza el argumento de Venezuela respecto de que se debe invocar la legislación de Venezuela conforme al Artículo 42 del Convenio del CIADI, y niega la existencia de cualquier conflicto de leyes; por el contrario, el Artículo 1(d) del TBI establece de forma específica que la legislación de Barbados regirá la cuestión relativa a la determinación de la constitución u organización societaria¹³¹.
101. Los accionistas de Transban votaron a favor de cambiar el domicilio de Transban a Barbados el 5 de diciembre de 2000¹³². Transban rechaza la noción de que la decisión

¹²² MOBJ, párr. 138.

¹²³ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 400:20-22, pág. 401:1-6, págs. 401-405.

¹²⁴ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 100:14-22, pág. 101:1-12; y Anexo C-0004. Como nota adicional, Venezuela no podría haber objetado la decisión de establecer un nuevo domicilio en Barbados, incluso si fuera inválido, porque sólo los accionistas de Transban habrían tenido la capacidad jurídica de hacerlo: Transcripción de la audiencia día 2, pág. 397:13-22, pág. 398:1-14, pág. 398:12-19.

¹²⁵ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 95:2-5, pág. 101:11-12.

¹²⁶ MOBJ, párrs. 129, 138; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 83:17-21.

¹²⁷ MOBJ, párrs. 178-179, que cita al Anexo C-0004, pág. 10; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 405:11-13, pág. 405:14-16.

¹²⁸ MOBJ, párr. 138, nota al pie 138. Venezuela invoca la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Draft Articles on Diplomatic Protection*, 58th Sess. (A/61/10) (2006), comentario del Artículo 10 (Anexo RL-0133).

¹²⁹ TOB, párrs. 46, 49, 55; TCMJ, párr. 73. Transban cita al Prof. Schreuer y a varios laudos arbitrales del CIADI y la CNUDMI en sustento de la determinación de la nacionalidad en virtud de la constitución societaria: véase TCMJ, nota al pie 91.

¹³⁰ TCMJ, párr. 76, nota al pie 97; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 125:18-22, pág. 139:4-6; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 146:11-13, pág. 154:2-7; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 435:15-21.

¹³¹ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 146:11-13, pág. 154:9-19, Transcripción de la audiencia día 2, pág. 435:25, pág. 436:1-6.

¹³² TCMJ, párr. 11 y nota al pie 5, párr. 75; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 127:13-22, pág. 128:1; Transcripción de la audiencia día 2, págs. 471:20-22, págs. 472-473; Anexo C-0004.

de establecer el nuevo domicilio en Barbados sea inválida en virtud de que el quórum de accionistas dispuesto en el Artículo 280 del Código de Comercio (75%) sea superior al que Transban dio cumplimiento (68%), ya que el quórum contemplado en el Artículo 280 es aplicable sólo cuando el estatuto societario no indique un quórum diferente; el estatuto de Transban especificaba que el quórum requerido era del 66%¹³³. La modificación en el quórum fue aceptada y publicada por el Registro Mercantil de Venezuela sin objeción alguna¹³⁴.

102. Los accionistas de Transban votaron a favor de modificar su estatuto con el propósito de reflejar el cambio de domicilio de conformidad con el Artículo 203 del Código de Comercio¹³⁵. Transban registró las actas de los accionistas ante el Registro Mercantil de Venezuela y publicó las actas en el *Repertorio Forense* de Venezuela a fin de notificar a terceros conforme al Artículo 221 del Código de Comercio, y luego notificó a las autoridades fiscales de Venezuela que Transban dejaría de ser una sociedad venezolana¹³⁶. El Registro Mercantil de Venezuela aceptó y registró la decisión de Transban de cambiar su domicilio a Barbados sin objeción alguna¹³⁷.
103. El Registro Mercantil de Venezuela tenía la obligación de denegar la publicación de cualquier documento que contraviniera la legislación aplicable¹³⁸. La publicación de la modificación del quórum de Transban¹³⁹ y de la decisión de Transban de cambiar el domicilio a Barbados nunca fue objetada, y ahora Venezuela está impedida de objetar dichos cambios; tampoco un tercero puede objetar dichas decisiones quince años más tarde en virtud de los plazos de prescripción pertinentes¹⁴⁰.
104. Transban no exhibió un certificado de discontinuidad o de extinción de su constitución societaria en Venezuela porque dicho certificado no existe en la legislación de Venezuela y no puede obtenerse: el Registro Mercantil de Venezuela no tiene facultades otorgadas por ley para certificar la extinción de una sociedad venezolana por medio de la emisión de un certificado de extinción o discontinuidad¹⁴¹.
105. Para establecer un nuevo domicilio en Barbados, Transban necesitaba obtener la continuidad societaria conforme al Artículo 356.1 de la Ley de Sociedades de Barbados¹⁴², dando cumplimiento a los requisitos dispuestos en la Parte III, División D de dicha ley¹⁴³. En consecuencia, el Directorio de Transban inició el cambio de domicilio formalizando el Acta de Continuidad que fuera presentada ante el Registro de Barbados el 29 de diciembre de 2000¹⁴⁴. Transban fue legalmente continuada a Barbados como

¹³³ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 137:9-22, pág. 138:1-20; Anexo C-0002; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 447:12-22, pág. 448:1-17.

¹³⁴ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 484:20-22, pág. 485:1-4.

¹³⁵ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 128:12-22.

¹³⁶ TCMJ, párr. 79 y Anexos C-0004 y C-0089; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 129:1-7, pág. 129:8-22, pág. 130:1-16; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 479:19-22, pág. 480:1-12.

¹³⁷ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 481:4-13, pág. 482:9-17.

¹³⁸ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 481:4-13, pág. 482:9-17.

¹³⁹ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 484:20-22, pág. 485:1-8.

¹⁴⁰ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 129:6-10, pág. 130:17-22, pág. 131:1-4, pág. 136:8-22, pág. 137:1-3, pág. 159:14-22, pág. 160:1; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 483:11-22, pág. 484:1-16.

¹⁴¹ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 437:20-22, pág. 438:1-7, pág. 485:21-22, pág. 486:1-2, pág. 486:10-16.

¹⁴² Informe Pericial Carmichael, párr. 13.

¹⁴³ Informe Pericial Carmichael, párrs. 14-15.

¹⁴⁴ TCMJ, párr. 12 y nota al pie 6; Informe Pericial Carmichael, párrs. 15, 21.

resultado de la emisión del Certificado de Continuidad de Transban por parte del Registro de Barbados el 17 de agosto de 2001¹⁴⁵.

106. Transban alega que la emisión por parte de las autoridades barbadenses de un Certificado de Continuidad en el año 2001 tiene el mismo efecto que la constitución de conformidad con el derecho barbadense y priva de toda relevancia a la constitución inicial de Transban en Venezuela¹⁴⁶. En esencia, Transban argumenta que “el cambio de domicilio es [legal y efectivamente] equivalente a la incorporación en Barbados¹⁴⁷, que, en efecto, el Certificado de Continuidad la considera una entidad originalmente constituida en Barbados¹⁴⁸, y que Transban es una sociedad constituida conforme a la legislación de Barbados a los efectos del Artículo 1(d) del TBI¹⁴⁹. Además, Transban alega que el Certificado de Continuidad constituye un hecho y una decisión “que no se ha visto impugnad[a] y es inexpugnable” casi quince años después de su emisión¹⁵⁰.
107. Transban explica que la Ley de Sociedades de Barbados considera a las sociedades que establecen su nuevo domicilio en Barbados como resultado de su continuidad de la misma manera que a las sociedades originalmente constituidas en Barbados: el Artículo 356.2(2) de la Ley de Sociedades de Barbados dispone que las actas de continuidad se convierten en las actas constitutivas de las sociedad, que el certificado de continuidad constituye el certificado de constitución, y que la Ley de Sociedades de Barbados es aplicable a una sociedad que mantuvo su continuidad “como si la sociedad hubiese sido constituida conforme la presente Ley”¹⁵¹. Además, la definición de “sociedad” conforme el Artículo 2(1)(b) de la Ley de Sociedades de Barbados se extiende a las entidades “que se constituye[n] o tiene[n] continuidad” en virtud de dicha Ley¹⁵². Luego de la continuidad, Transban permaneció como la misma entidad en términos de activos y pasivos: retuvo su “totalidad orgánica”¹⁵³, pero se sometió a un nuevo marco legal y, por ese mismo motivo, adoptó la nacionalidad barbadense¹⁵⁴.
108. Transban considera que es “difícil[l] de seguir” el argumento de Venezuela respecto de que la ausencia de modificación en el objeto o las actividades societarias refleje una ausencia de modificación en la existencia, estructura y nacionalidad societaria: estos dos

¹⁴⁵ TCMJ, párrs. 12-13 y nota al pie 6; Informe Pericial Carmichael, párrs. 16, 21. El Certificado de Continuidad de Transban fue certificado en el mes de octubre de 2001 pero fue formalizado en agosto de 2001 (Anexo C-0009).

¹⁴⁶ TOB, párr. 51; TCMJ, párrs. 7-8, 75; Informe Pericial Carmichael, párr. 9; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 155:12-18.

¹⁴⁷ Informe Pericial Carmichael, párr. 24.

¹⁴⁸ Informe Pericial Carmichael, párr. 9.

¹⁴⁹ TCMJ, párr. 76; Informe Pericial Carmichael, párr. 11.

¹⁵⁰ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 155:7-21, 24-25, pág. 123:1-7.

¹⁵¹ TCMJ, párrs. 13, 78; Informe Pericial Carmichael, párrs. 17, 22; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 291:6-14. El Sr. Carmichael, perito de Transban, distingue, asimismo, las sociedades que mantuvieron su continuidad de las “sociedades externas” - cuya constitución de conformidad con la legislación de otro país es reconocida por el Artículo 324(1)(a) de la Ley de Sociedades de Barbados - y la nueva constitución que requiere la liquidación y disolución de la entidad societaria original con anterioridad a la constitución de la nueva entidad: véase TCMJ, párr. 77; Informe Pericial Carmichael, párrs. 19-20.

¹⁵² Informe Pericial Carmichael, párr. 13; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 291:15-22, pág. 192:1.

¹⁵³ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 292:14-22, pág. 334: 9-21, pág. 66:6.

¹⁵⁴ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 172:15-14; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 321:5-9, pág. 334:8-15, pág. 336:6-8, pág. 337:17-22, pág. 338:1-2.

aspectos no están relacionados de forma casual y Venezuela no cita a ninguna autoridad que respalde su postura¹⁵⁵.

109. En lo que respecta al requisito bajo el Artículo 356.1(1) de la Ley de Sociedades de Barbados respecto de que la continuidad societaria debe ser autorizada por la legislación de Venezuela, Transban y su perito en derecho barbadense sostienen que dicho requisito debe interpretarse como que “no se prohíbe específicamente” y que, por consiguiente, asume la autorización de la continuidad societaria conforme a la legislación de la jurisdicción de origen¹⁵⁶.
110. Transban rechaza la existencia de un conflicto de leyes ya que el derecho societario barbadense autoriza la continuidad societaria en la medida en que no exista prohibición específica alguna en la jurisdicción de origen, y debido a que la legislación de Venezuela no prohíbe la continuidad en otra jurisdicción¹⁵⁷. Asimismo, Transban señala la admisión por parte de Venezuela respecto de que la legislación de Venezuela no prohíbe la continuidad en una jurisdicción extranjera¹⁵⁸. Transban alega que la legislación de Venezuela permite el establecimiento de un nuevo domicilio o la continuidad societaria en una jurisdicción extranjera¹⁵⁹ y que el cambio de domicilio no es una cuestión de orden público conforme al derecho de Venezuela: la libertad de una persona jurídica y su capacidad plena para actuar están consagradas en el Artículo 112 de la Constitución de Venezuela y están limitadas solamente por prohibiciones específicas dispuestas por ley; el Artículo 203 del Código de Comercio reconoce la libertad jurídica de una persona para elegir su domicilio; y el Artículo 335 del Código de Comercio reconoce la capacidad jurídica de una persona de transformar su condición, principalmente por medio de la continuidad en el extranjero, sin la necesidad de disolución o liquidación¹⁶⁰.
111. Además, la Ley de Sociedades de Barbados no exige la intervención de la disolución o liquidación en la jurisdicción de origen como un pre-requisito para lograr la continuidad societaria¹⁶¹. Conforme al derecho barbadense, la continuidad societaria comprendería, como consecuencia práctica y asumida, la cesación de la constitución en la jurisdicción de origen¹⁶². Sin embargo, no hay requisito alguno en virtud de la Ley de Sociedades de Barbados de presentar cualquier prueba de discontinuidad o extinción societaria en la jurisdicción de origen para lograr la continuidad societaria en Barbados¹⁶³, ni tampoco se obligaba a Transban conforme a la legislación de Venezuela a cumplimentar etapas adicionales con posterioridad a la emisión del Certificado de Continuidad por parte del Registro de Barbados¹⁶⁴.

¹⁵⁵ TCMJ, párr. 76, nota al pie 96. Transban considera que la doctrina de nacionalidad continua, inherente a la protección diplomática, no tiene aplicación en los procedimientos de arreglo de diferencias inversionista - Estado: véase TCMJ, párr. 84, nota al pie 113.

¹⁵⁶ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 298:2-5, 12-15, pág. 299:22, pág. 300:1-3, pág. 300:22, pág. 301:1-2, pág. 306:11-15; pág. 306:3-15.

¹⁵⁷ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 436:5-14, pág. 437:6-9.

¹⁵⁸ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 489:5-8.

¹⁵⁹ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 489:19-22 pág. 490:1.

¹⁶⁰ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 134:14-22, pág. 135:1-25, pág. 136:1-6; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 473:19-22, pág. 474:1, 9-11, pág. 475, pág. 475:19-22, pág. 476:1-7, pág. 477:1-3, pág. 477:11-22, pág. 478:1-22, pág. 479:1-18.

¹⁶¹ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 320:12-21.

¹⁶² Transcripción de la audiencia día 2, págs. 344:20-22, 345-347, pág. 348:1-17.

¹⁶³ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 351:14-22, pág. 352:1-3.

¹⁶⁴ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 485:9-19.

112. La emisión del Certificado de Continuidad significa que se cumplieron los requisitos que debían satisfacerse con anterioridad a su emisión: el Registro de Barbados, en calidad de autoridad administrativa máxima respecto de cuestiones societarias, tenía la obligación de determinar si la sociedad que solicitaba la continuidad enfrentaba una prohibición de continuidad en su jurisdicción de origen; la emisión del Certificado de Continuidad refleja que no existe dicha prohibición en la legislación de Venezuela¹⁶⁵.
113. Por lo tanto, la fecha de emisión del Certificado de Continuidad de Transban - es decir, el 17 de agosto de 2001 - refleja el momento en el cual Transban se convierte en una sociedad de Barbados¹⁶⁶. A partir de dicho momento, Transban dejó de abonar impuestos y las contribuciones de la seguridad social y no tenía más empleados en Venezuela; Transban no adoptó ninguna acción que sugiera que es una sociedad venezolana¹⁶⁷.

2. Sociedades de Nacionalidad del Estado Contratante Parte de la Diferencia

a. *Postura de la Demandada*

114. En virtud del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, cualquiera de las siguientes entidades societarias es susceptible, indistintamente, de someter al CIADI diferencias relativas a inversiones:

[i] toda persona jurídica que (...) tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y [ii] las personas jurídicas que, teniendo (...) la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

115. Venezuela alega que el Artículo 25 del Convenio del CIADI establece límites externos objetivos a la jurisdicción de los tribunales: como regla general, dicha jurisdicción puede ser ejercida sólo respecto de diferencias entre el Estado Contratante y los nacionales de otro Estado Contratante¹⁶⁸. El Artículo 25(2)(b) *in fine* del Convenio del CIADI dispone una excepción a dicha regla general¹⁶⁹: Venezuela y Barbados pueden caracterizar una sociedad (en este caso, Transban) constituida en el Estado Contratante que es Parte de la diferencia (en este caso, Venezuela) como un inversionista de otra nacionalidad del Estado Contratante (en este caso, Barbados) siempre que dicha sociedad esté sujeta a “control extranjero” (es decir, a un control distinto de Venezuela) (Artículo 25(2)(b) *in fine* del Convenio del CIADI)¹⁷⁰. El Artículo 1(d) *in fine* del TBI repite el Artículo

¹⁶⁵ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 298:17-22, pág. 299:1, pág. 300:12-17, 20-22, pág. 301:1-5, pág. 302:7-12. El perito de Transban indicó que la declaración jurada formulada por un abogado de Barbados acompañaba la solicitud de continuidad societaria de Transban ante la Oficina de Barbados, y que dicha declaración jurada habría dado fe de la posibilidad de continuidad: véase Transcripción de la audiencia día 2 pág. 306:19-22, pág. 307.

¹⁶⁶ TCMJ, párrs. 75, 78; Informe Pericial Carmichael, párrs. 18, 22; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 129:5-10, pág. 131:7-10.

¹⁶⁷ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 132:21-22, pág. 133:1-5; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 160:1-3; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 446:14-20.

¹⁶⁸ MOBJ, párrs. 161-162, 168-169.

¹⁶⁹ MOBJ, párrs. 163-164.

¹⁷⁰ Venezuela dirige la atención del Tribunal a *National Gas S.A.E. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/11/7, Laudo (3 de abril de 2014) (Anexo RL-0052) respecto del Artículo 25(2)(b) *in fine* del Convenio del CIADI: véase MOBJ, párrs. 175-176.

25(2)(b) *in fine* del Convenio del CIADI ya que dispone que, a los efectos del Artículo 8 del TBI (arreglo de controversias), el término “sociedad” incluye, asimismo, a sociedades (en este caso, Transban) constituidas en la Parte Contratante de la diferencia (en este caso, Venezuela) pero que “sea[n] propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante o sea efectivamente controlada por ellas” (en este caso, Barbados)¹⁷¹.

116. Venezuela alega que Transban ha conservado su nacionalidad venezolana, y que Transban tiene doble nacionalidad barbadense y venezolana o que Transban nunca obtuvo la nacionalidad barbadense de forma apropiada y, por lo tanto, sólo tiene nacionalidad venezolana¹⁷². Venezuela hace hincapié en que Transban no presentó prueba alguna de la extinción de su constitución en Venezuela¹⁷³. En consecuencia, Venezuela argumenta que la SdA de Transban debe ser examinada a la luz del Artículo 25(2)(b) *in fine* del Convenio del CIADI.
117. Venezuela arguye que Transban no pudo probar que nacionales o sociedades de Barbados la controlaban, incluso si lo intentara¹⁷⁴. Además, Venezuela alega que Transban no proporcionó prueba alguna relativa a la titularidad o al control efectivo sobre Transban¹⁷⁵ y solicita una cuarta inferencia negativa conforme al Artículo 9.5 de las Reglas de la IBA: que los accionistas, directores, personas controlantes y beneficiarios finales de Transban son nacionales de Venezuela y que la estructura gerencial de Transban permaneció sin modificaciones desde su constitución en Venezuela¹⁷⁶. Venezuela sostiene que los titulares reales de las inversiones que supuestamente Transban realizó son nacionales de Venezuela¹⁷⁷; que la sociedad antecesora Inversiones Cibanca, C.A. fue constituida por dos nacionales de Venezuela y tenía accionistas nacionales de Venezuela¹⁷⁸; que individuos de nacionalidad venezolana y/o con domicilio en Venezuela eran titulares de la participación mayoritaria de Transban ya en el año 2000¹⁷⁹; que seis individuos venezolanos, todos ellos aparentemente miembros de la familia Velutini, pareciera que realizan negocios en Venezuela en representación de Transban¹⁸⁰, y que todos los Directores de Transban tienen domicilio en Venezuela¹⁸¹. Asimismo, Venezuela alega que el contrainterrogatorio del Sr. Zambrano proporcionó pruebas afirmativas que conducen a las mismas conclusiones que las inferencias negativas presentadas por Venezuela, haciendo que dichas inferencias negativas sean innecesarias¹⁸².
118. Sin perjuicio del Artículo 1(d) del TBI, Venezuela alega que conforme al derecho internacional se requiere la existencia de “una conexión real entre una sociedad y el

¹⁷¹ MOBJ, párrs. 140, 146, 173.

¹⁷² Transcripción de la audiencia día 1, pág. 103:19-22, pág. 104:1-13; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 409:5-22, pág. 410:1-10.

¹⁷³ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 350:4-22, pág. 351:1-10.

¹⁷⁴ MOBJ, párr. 143.

¹⁷⁵ MOBJ, párr. 148.

¹⁷⁶ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 87:16-20.

¹⁷⁷ MOBJ, párrs. 194-195.

¹⁷⁸ MOBJ, párrs. 143, 154.

¹⁷⁹ MOBJ, párr. 149.

¹⁸⁰ MOBJ, párr. 58.

¹⁸¹ MOBJ, párr. 150.

¹⁸² Transcripción de la audiencia día 2, pág. 393:1-13, pág. 394:1-8, pág. 395:6-17, pág. 396:1-13, pág. 397:8-12.

Estado cuya nacionalidad se invoca” que represente “una relación sustancial y eficaz”¹⁸³; en otras palabras, una prueba de “nacionalidad real y efectiva”¹⁸⁴. Venezuela interpreta dicho requisito combinando dos casos: *Nottebohm*, en el cual la Corte Internacional de Justicia decidió que el Estado que ejerce la protección diplomática en representación de personas naturales debe demostrar una “conexión genuina” con dichos individuos¹⁸⁵, y *Barcelona Traction*, en el cual la Corte sugirió la posibilidad del corrimiento del velo societario principalmente “para evitar el uso indebido de los privilegios de la personería jurídica”¹⁸⁶. [Traducción del Tribunal] Venezuela invoca diversos laudos de arbitraje inversionistas - Estados emitidos por tribunales que citaron las opiniones de la Corte expresadas en *Nottebohm* y en *Barcelona Traction*¹⁸⁷. Además, Venezuela alega que Transban no puede alegar tener nacionalidad barbadense en virtud de dicha prueba¹⁸⁸.

b. Postura de la Demandante

119. Transban argumenta que ni el Artículo 1(d) *in fine* del TBI ni el Artículo 25(2)(b) *in fine* del Convenio del CIADI son aplicables al presente caso y no es necesario abordarlos¹⁸⁹: Transban demostró su constitución conforme a la legislación de Barbados y, en consecuencia, se corresponde con un nacional de Barbados a los efectos de la primera parte del Artículo 1(d) del TBI y de la primera parte del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI¹⁹⁰. Así, tanto el Artículo 1(d) *in fine* del TBI como el Artículo 25(2)(b) *in fine* del Convenio del CIADI son inaplicables, ya que la línea de razonamiento de Venezuela depende de la determinación de que Transban haya permanecido como una sociedad constituida en Venezuela y no sea una sociedad constituida conforme a la legislación de Barbados.
120. Transban contra argumenta que ni *Nottebohm* ni *Barcelona Traction* puedan invalidar el criterio de nacionalidad dispuesto de forma expresa en la primera parte del Artículo 1(d) del TBI, y que la jurisprudencia del CIADI haya respaldado claramente su prioridad y no la nueva redacción de criterios claros y específicos basados en el tratado para determinar la nacionalidad societaria¹⁹¹. Transban hace hincapié en que ninguna de las

¹⁸³ MOBJ, párr. 156.

¹⁸⁴ MOBJ, párr. 160; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 425:15-17, 21-22, pág. 426:1-2.

¹⁸⁵ MOBJ, párr. 157, que cita el *Caso Nottebohm (segunda fase) (Liechtenstein c. Guatemala)*, Sentencia (6 de abril de 1955), Informes de la C.I.J. de 1955, pág. 4 (en adelante *Nottebohm*), pág. 23 (Anexo RL-0109).

¹⁸⁶ MOBJ, párr. 157, que cita a *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Bélgica c. España)*, Informes de la C.I.J. de 1970, pág. 3, Sentencia (5 de febrero de 1970) (en adelante *Barcelona Traction*) (Anexo RL-0094), párr. 56.

¹⁸⁷ MOBJ, párr. 159 y nota al pie 159, que cita a *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción (29 de abril de 2004) (en adelante *Tokios Tokelés v. Ucrania*) (Anexo RL-0074), párrs. 54–56; *Cementownia “Nowa Huta” S.A. c. Turquía*, Caso CIADI No. ARB (AF)/06/2, Laudo (17 de septiembre de 2009) (Anexo RL-0015), párr. 155; *The Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Decisión sobre Excepciones Preliminares de Jurisdicción y Admisibilidad de la Demandada (18 de abril de 2004) (Anexo RL-0059), párr. 90; *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/5, Laudo (19 de diciembre de 2008) (en adelante *TSA Spectrum v. Argentina*) (Anexo RL-0078), párr. 139; Transcripción de la audiencia día 2, págs. 136-138, que cita a *Alps Finance y Trade AG c. La República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo (5 de marzo de 2011) (TBI República de Eslovaquia - Suiza); *Guardian Fiduciary Trust, Ltd. f/k/a Capital Conservator Savings & Loan, Ltd c. Macedonia*, Caso CIADI No. ARB/12/31, Laudo (22 de septiembre de 2015).

¹⁸⁸ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 426:22, pág. 427:1-2.

¹⁸⁹ TCMJ, párr. 90.

¹⁹⁰ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 174:5-16.

¹⁹¹ TCMJ, párrs. 82-83, 87-88, que cita a: *Saluka Investments B.V. (Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, (17 de marzo de 2006), párr. 241; *KT Asia Investment Group B.V. c. República de*

autoridades invocadas por Venezuela se corresponde con la primera parte del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI¹⁹² y que la primera parte del Artículo 1(d) del TBI reconoce claramente la constitución, conforme a la legislación del Estado, como suficiente para atribuir la nacionalidad del Estado en el que se constituye una sociedad a dicha sociedad; opinión respaldada por diversos laudos de arbitraje¹⁹³.

3. Levantamiento del Velo Societario y Abuso del Proceso

a. Postura de la Demandada

121. Venezuela le pide al Tribunal que levante el velo societario de Transban e invoca las decisiones de los tribunales que decidieron llevar a cabo el levantamiento del velo societario en *TSA Spectrum y Loewen*¹⁹⁴. Venezuela invoca, también, el Artículo 25(2)(b) *in fine* del Convenio del CIADI¹⁹⁵, el preámbulo del TBI, la definición de “inversión” conforme al TBI y el Artículo 1(d) *in fine* del TBI¹⁹⁶ - además de los casos *Nottebohm y Barcelona Traction*¹⁹⁷ - como sustento de su solicitud y del argumento de que ni el TBI ni el Convenio del CIADI brindan protección al inversionista del Estado receptor en contra del Estado receptor¹⁹⁸ o a una “mera cáscara o (...) una ‘sociedad de conveniencia’”¹⁹⁹. Asimismo, Venezuela insta al Tribunal a que se abstenga de ejercer su jurisdicción a fin de evitar un abuso del mecanismo del CIADI²⁰⁰.
122. Venezuela considera que el cumplimiento de los requisitos societarios de Barbados no puede desacreditar el hecho de que el negocio de Transban se lleva a cabo por parte de nacionales de Venezuela desde dentro de Venezuela. Además, Venezuela acusa a la familia Velutini y a otros nacionales de Venezuela de haber utilizado a Transban y su cambio de domicilio de Venezuela a Barbados para hacer efectiva la jurisdicción conforme al TBI y beneficiarse de las ventajas fiscales²⁰¹.

Kazajstán, Caso CIADI No. ARB/09/08, Laudo (17 de octubre de 2013), párr. 128; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, CNUDMI, Caso CPA N.º AA 227, Laudo Provisional sobre Jurisdicción y Admisibilidad (30 de noviembre de 2009), párrs. 415, -16; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 153:2-20.
¹⁹² TCMJ, párrs. 92-93; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 161:12-22, pág. 162:19-22, pág. 163:8-22, pág. 164:1-17.

¹⁹³ TCMJ, párr. 73, nota al pie 91, párrs. 94-95; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 160:15-22, pág. 161:1-3. La Mayoría del tribunal en *Tokios Tokelés c. Ucrania* expresó su opinión relativa a que, si bien el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI no especifica una regla particular para establecer la nacionalidad de entidades societarias, los tribunales CIADI han considerado, de forma consistente, al Estado conforme a las leyes del cual la entidad fuera constituida para atribuir la nacionalidad, y que “[una] interpretación sistemática del Artículo 25(2)(b) influiría en contra del uso de la prueba de control respecto de la nacionalidad de una sociedad” [Traducción del Tribunal]: *Tokios Tokelés c. Ucrania*, párr. 42, que cita a Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, págs. 279-281.

¹⁹⁴ MOBJ, párr. 160.

¹⁹⁵ MOBJ, párrs. 163-168.

¹⁹⁶ MOBJ, párrs. 170-174. Venezuela invoca, además, los Artículos 2(2), 3(1), 3(2), 4(1), 5(1) y 5(2) del TBI: véase MOBJ, párr. 172, nota al pie 176.

¹⁹⁷ MOBJ, párrs. 157-159.

¹⁹⁸ MOBJ, párrs. 162, 169, 172; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 106:1-4.

¹⁹⁹ MOBJ, para. 172.

²⁰⁰ MOBJ, párrs. 147, 155, 183-184; Transcripción de la audiencia día 1, págs. 41:4-22, pág. 42-43.

²⁰¹ MOBJ, párrs. 145, 155. Venezuela señala, como “clara demostración” adicional de la intención de Transban de cambiar su domicilio a Barbados “para evadir los límites de la jurisdicción del CIADI”, el hecho de que el domicilio de Transban en Barbados es el domicilio de su estudio jurídico barbadense: véase MOBJ, párr. 183, que cita al Anexo C-0014, pág. 31, y Anexo R-0009

b. Postura de la Demandante

123. Transban contra argumenta que el tribunal en *TSA Spectrum* procedió a levantar el velo societario de conformidad con el Artículo 25(2)(b) *in fine* del Convenio del CIADI y que el tribunal en *Loewen* rechazó la noción de levantar cualquier velo societario²⁰². Transban hace hincapié en que ni *Nottebohm* ni *Barcelona Traction*, tal como interpretara Venezuela, han encontrado aplicación en el marco de laudos o decisiones de arbitraje del CIADI²⁰³. Transban rechaza la noción de que la nacionalidad venezolana de algunos de sus miembros del equipo gerencial o de algunos de sus accionistas amerite la elaboración de una cláusula de denegación de beneficios verbal para excluir a Transban de la protección al amparo del TBI²⁰⁴.
124. Venezuela sabía o debería haber tenido conocimiento de que la legislación de Barbados disponía la existencia de consorcios o sociedades comerciales internacionales con un mínimo funcionamiento real en Barbados; Venezuela podría haber propuesto una definición diferente de “sociedad” en el Artículo 1(d) del TBI para excluir a dichas sociedades si esa hubiese sido su intención²⁰⁵.
125. Asimismo, Transban responde haciendo hincapié en la idoneidad del planeamiento prospectivo de la nacionalidad en la medida en que ocurriera en el momento en que la diferencia no era aún reconocible²⁰⁶. Transban insiste en que la constitución y domiciliación de Transban en Barbados (en el año 2001) ocurrió muchos años antes de los sucesos que dieron lugar “a cualquier controversia” (en el período comprendido entre los años 2007 - 2009)²⁰⁷, en un momento en el que la controversia no era previsible, y en que “no hay pruebas de abuso o uso indebido de la personería jurídica”²⁰⁸ [Traducción del Tribunal]. Transban alega que se deberían ignorar las definiciones formales de nacionalidad “únicamente para prevenir ‘un mal uso del poder conferido por la ley’” y sólo para “prevenir el abuso del sistema de protección de inversión internacional”²⁰⁹. Transban señala que el elevado umbral que se debe satisfacer antes de decidir sobre el abuso del proceso requiere “‘circunstancias muy excepcionales’” ausentes en la presente diferencia²¹⁰.

²⁰² TCMJ, párr. 94; véase asimismo *TSA Spectrum v. Argentina*, párr. 140; TCMJ, párr. 91 que cita a *Loewen*, párr. 237.

²⁰³ TCMJ, párr. 83, que cita a *Saba Fakes c. Turquía*, Caso CIADI No. ARB/07/20, Laudo (14 de julio de 2010), párr. 73 (Anexo RL-0061).

²⁰⁴ TCMJ, párr. 99; en referencia a *MOBJ*, párr. 149; TCMJ, párrs. 9, 104.

²⁰⁵ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 149:5-22, pág. 150:1; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 292:2-6.

²⁰⁶ TCMJ, párrs. 102-103, 106-107, que cita a: *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. y ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/07/30, Decisión sobre Jurisdicción y Fondo, (3 de septiembre de 2013) (en adelante *ConocoPhillips v. Venezuela*), párr. 273 (Anexo RL-0019); *Aguas del Tunari, S.A. c. Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre Jurisdicción (21 de octubre de 2005), párr. 332; *HICEE B.V. c. República Eslovaca*, CNUDMI, Caso CPA N.º 2009-11, Laudo Provisional (23 de mayo de 2011), párr. 103; *Renée Rose Levy y Gremcitel S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/11/17, Laudo (9 de enero de 2015), párr. 184 (en adelante *Renée Rose Levy v. Perú*); Christoph H. Schreuer, “Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interests” 24 *ICSID Review – Foreign Inv. Law J.* 521 (Fall 2009), 524.

²⁰⁷ TCMJ, párrs. 19, -20; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 170:9-19.

²⁰⁸ TOB, párrs. 47, 56, 62, 69, 71; TCMJ, párr. 101; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 171:7-9.

²⁰⁹ TCMJ, párr. 101, que cita a *ConocoPhillips v. Venezuela*, párr. 273 (Anexo RL-0019).

²¹⁰ TCMJ, párr. 105; que cita a *Renée Rose Levy c. Perú*, párr. 186.

126. Transban refuta la alegación de Venezuela respecto de que ella “meramente ‘pretendió relocalizarse’” e invoca a su perito en derecho societario barbadense quien describe la práctica de sociedades que constituyen sus sedes societarias en el domicilio de sus estudios jurídicos como que “es totalmente normal y, de hecho, habitual”²¹¹. En su calidad de consorcio, Transban ha realizado diversas inversiones en varias jurisdicciones; en calidad de sociedad comercial internacional a la que se otorgó la nacionalidad barbadense, Transban no está autorizada para realizar negocios en Barbados²¹². Transban mantuvo su buena reputación y su capacidad para realizar negocios conforme a la legislación de Barbados sin interrupción alguna; Transban presentó sus declaraciones juradas anuales de impuestos ante la Autoridad Central De Ingresos Públicos de Barbados, abonó sus tributos y contribuciones anuales, tiene una sede en Barbados, y las asambleas de los accionistas de Transban y las reuniones de directorio de Transban tuvieron lugar en Barbados²¹³.
127. Transban no está de acuerdo respecto de que no haya presentado prueba alguna relativa a su titularidad²¹⁴ y rechaza cualquier inferencia negativa conforme al Artículo 9.5 de las Reglas de la IBA: Transban sostiene que dio cumplimiento a sus obligaciones relativas a la exhibición de documentos de buena fe y en la medida de su capacidad; asimismo, Transban presentó diversos documentos precisamente de las cuestiones respecto de las cuales Venezuela solicita que el Tribunal realice inferencias negativas debido a la ausencia de presentación de pruebas documentales²¹⁵. De forma particular, Transban hace referencia a un listado de los muchos cientos de accionistas que disipa la noción de que la titularidad de Transban recae en pocas personas o que está en manos de una familia²¹⁶, y a una gran cantidad de asambleas de accionistas que tuvieron lugar en Barbados acreditadas por las actas que se pusieron a disposición de Venezuela por medio de la exhibición de documentos²¹⁷.

4. Análisis del Tribunal

128. Con el objeto de gozar de los derechos y protecciones conferidos por el TBI, con inclusión del derecho a iniciar procedimientos de arbitraje internacionales ante el CIADI en virtud del Artículo 8(1) del TBI, la Demandante debe cumplir con los requisitos jurisdiccionales establecidos por el TBI. El Artículo 8(1) del TBI dispone que:

[I]as controversias entre una Parte Contratante y un *nacional* o *sociedad* de la otra Parte Contratante que se refieran a las obligaciones de aquella conforme a este Acuerdo en relación con una inversión, se someterá, a solicitud del *nacional* o la sociedad interesada, al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para ser arreglada

²¹¹ TCMJ, párr. 107, nota al pie 152; Informe Pericial Carmichael, párr. 28.

²¹² Transcripción de la audiencia día 1, pág. 140:4-6, 14-21; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 339:12-19, pág. 340:10-22, pág. 341:4-5.

²¹³ TCMJ, párrs. 14-15; Informe Pericial Carmichael, párr. 26; Transcripción de la audiencia día 1, pág. 132:11-19; Transcripción de la audiencia día 2, pág. 446:6-15.

²¹⁴ TCMJ, párr. 98.

²¹⁵ Transcripción de la audiencia día 1, pág. 141:2, pág. 142:1-11, pág. 143:1-16, pág. 144:3-12.

²¹⁶ TCMJ, párr. 98; Anexo C-0110; Transcripción de la audiencia día 2, págs. 494:8-22, pág. 495-497:1-14.

Además, Transban rechaza las pruebas relativas a Inversiones Transbanca de Venezuela y a Facebank por falta de relevancia debido a que no se corresponde con la Demandante ni con el vehículo por medio del cual Transban invirtió en Venezuela: véase TCMJ, párr. 99, en referencia a MOBJ, párrs. 150-151; TCMJ, párr. 98, en referencia a MOBJ, nota al pie 145.

²¹⁷ Transcripción de la audiencia día 2, pág. 439:3-22; Anexos C-0092, C-0093.

mediante conciliación o arbitraje de conformidad con la Convención para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965²¹⁸.

129. El Tribunal observa que este texto citado en idioma inglés utiliza dos términos cuando describe la controversia, a saber “*a national*” (un nacional) y “*a company*” (sociedad). Sin embargo, al describir quien podría presentar una solicitud ante el CIADI, el texto sólo hace referencia a “*the national concerned*” (el nacional interesado). Pareciera que los autores de la versión en idioma inglés del TBI se vieron influidos por los términos del Convenio del CIADI²¹⁹. Sin embargo, la versión en idioma español del TBI en el Artículo 8(1) hace referencia a “un *nacional* o *sociedad* de la otra Parte Contratante” no sólo cuando clasifica a las controversias que podrían someterse al arbitraje o conciliación bajo las reglas del CIADI sino cuando describe quien podría someter dicha solicitud (...se someterá, a solicitud del *nacional* o la *sociedad* interesada, al Centro...) ²²⁰.
130. La Demandada no ha planteado la excepción (y con razón) de que una sociedad no ostenta derecho alguno de iniciar un procedimiento de arbitraje en el CIADI en virtud del TBI. Mas bien, la excepción de la Demandada a la jurisdicción del Tribunal *ratione personae* se basa en el argumento de que la Demandante no cumple con los requisitos para que se la considere una sociedad de Barbados a los fines del TBI según la definición del término en el Artículo 1(d). Esa disposición dice lo siguiente:

A los fines del presente Acuerdo:

....

(d) el término ‘sociedades’ significa con respecto a cada Parte Contratante, *las corporaciones*, consorcios y asociaciones *organizadas o constituidas de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente de la respectiva Parte Contratante*;

A los fines de la Convención citada en el Artículo 8, [es decir, la Convención de Washington] ‘sociedad’ incluirá toda sociedad organizada o constituida de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente en una de las Partes Contratantes que sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante o sea efectivamente controlada por ellas.

131. La Demandante, al reivindicar la jurisdicción, alega que se trata de una sociedad barbadense que ha invertido en Venezuela; no alega que se trate de una sociedad venezolana efectivamente controlada por nacionales de Barbados o sociedades de esa Parte Contratante. Por consiguiente, la segunda parte de la definición del Artículo 1(d) carece de relevancia a los fines del caso que nos ocupa²²¹.

²¹⁸ Énfasis agregado.

²¹⁹ Véase Artículo 25(1) y (2) del Convenio del CIADI, párrafo 2 que define el término “nacional” utilizado en el párrafo 1 de dicho artículo.

²²⁰ Véase Colección de Tratados de las Naciones Unidas (UNTS, por sus siglas en idioma inglés), tomo 1984, pág. 169. Las Partes suscribieron el TBI en ambos idiomas, español e inglés, y, tal como lo indica el texto en idioma español “siendo ambos textos igualmente auténticos” (*both texts being equally authentic*). Falta esta cláusula en la versión del TBI en idioma inglés. Sin embargo, la UNTS indica que los textos auténticos son en los idiomas español e inglés y que el TBI fue inscripto por Venezuela el 28 de julio de 1997.

²²¹ Véase TCMJ, párr. 90. Véase también Transcripción Día 1, págs. 173:22-174:19.

132. Por lo tanto, el Tribunal centrará su atención en la definición de sociedad a los fines del TBI. No se controvierte que Transban sea una sociedad, la Demandada no ha sostenido que Transban no esté organizada como sociedad. Lo que la Demandada alega es que Transban, a pesar de ser una sociedad, no se encuentra “organizada o constituida de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente de [Barbados]”.
133. La Demandante se constituyó originalmente en Venezuela en el mes de diciembre de 1996 de acuerdo con su ordenamiento jurídico con la denominación Inversiones Cibanca, C.A., con domicilio en la ciudad de Caracas. Según el Certificado de Inscripción y la Tercera Cláusula que rige a la sociedad, “la duración de la compañía será de cincuenta (50) años a contar de la fecha de su inscripción en el Registro Mercantil”²²².
134. En el año 1998 la sociedad cambió su denominación a “Inversiones Transbanca, C.A.”²²³, aunque permaneció constituida en Venezuela y mantuvo su domicilio en la ciudad de Caracas.
135. Las Partes no controvierten que, durante ese período, entre los años 1996 y 2000 la Demandante estuviere constituida de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Venezuela como sociedad venezolana.
136. El 5 de diciembre de 2000, los accionistas de Inversiones Transbanca, C.A., votaron el cambio de “domicilio de la sociedad a la Isla de Barbados”²²⁴. El Presidente de la Junta Directiva “igualmente, propone se autorice la apertura de sucursales tanto en la ciudad de Caracas, en la República de Venezuela, como en las ciudades de Miami y Nueva York, en los Estados Unidos de América”²²⁵. Surge del Acta de la asamblea de Accionistas que se decidió, en relación con el traslado del domicilio de la sociedad a St. Michael en Barbados, modificar la denominación de la sociedad. Por consiguiente, se resolvió modificar las Cláusulas Primera y Tercera del Documento Constitutivo Estatutario de la sociedad, que hacen referencia a la denominación y domicilio de la sociedad. La denominación de la sociedad fue modificada a “Transban Investments Corp”²²⁶.
137. La asamblea de Accionistas autorizó además a tres nacionales venezolanos, los Sres. José Antonio Muci Borjas, Hernando Díaz Candia y Alejandro Álvarez, para que “realicen y lleven a cabo todos los trámites legales que fueren necesarios a los fines de la *constitución e incorporación* de la sociedad en la Monarquía Constitucional de Barbados...[y]... para que haga la debida participación al Registro Mercantil correspondiente [es decir, venezolano]”²²⁷.
138. El Acta de la Asamblea de Accionistas revela que la intención era que “la sociedad e[stuviera] amparada por las leyes de la Monarquía Constitucional de Barbados como

²²² Anexo C-0001, Certificado de Inscripción, 19 de diciembre de 1996, pág. 5.

²²³ Anexo C-0002, Acta de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de Cibanca, C.A., 10 de agosto de 1998.

²²⁴ Anexo C-0004, Acta de la Asamblea de Accionistas de Inversiones Transbanca, C.A.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ *Ibid.* (Énfasis agregado).

una *compañía de negocios internacionales* bajo la *International Business Companies Act*”²²⁸.

139. El breve historial de la sociedad *supra* durante el período comprendido entre los años 1996-2000 demuestra que fue establecida como sociedad venezolana por nacionales venezolanos y organizada de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Venezuela. Además, parece que esta sociedad venezolana no fue liquidada ni disuelta antes de fines de 2000, momento en el que decidió cambiar su domicilio a Barbados y también cambiar su denominación. De hecho, si hubiese sido disuelta antes de fines de 2000 no podría haber “tenido continuidad” en Barbados²²⁹. [Traducción del Tribunal]
140. Ahora le corresponde al Tribunal determinar si esta sociedad venezolana, con su denominación modificada a Transban Investments Corp., ulteriormente ha sido organizada o constituida de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente de Barbados y dejó de estar constituida en Venezuela como sociedad venezolana. Solo en el supuesto de que haya sucedido esto podría tener carácter de sociedad a los fines del TBI. Este requisito surge de la definición de “sociedades” en el Artículo 1(d) del TBI, así como de su objeto y fin que han de tenerse en cuenta al momento de interpretar el TBI, según lo prevé el derecho internacional consuetudinario sobre interpretación de tratados tal como fuera codificado en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El Preámbulo, en el que generalmente se expresa el objeto y fin de un tratado²³⁰, establece que los dos gobiernos han acordado el TBI “deseosos de estrechar los tradicionales lazos de amistad entre ambos países, extender e intensificar las relaciones económicas entre ellos, particularmente con respecto a las inversiones de los nacionales y sociedades de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante”. Por lo tanto, el objeto y fin del TBI radica en fomentar y proteger las inversiones realizadas por nacionales y sociedades de Barbados en Venezuela y por nacionales y sociedades de Venezuela en Barbados.
141. Tras su solicitud en Barbados, el 17 de agosto de 2001, Transban recibió un Certificado de Continuidad expedido por el Registrador de Sociedades barbadense, que certifica que Transban “continuó existiendo, como se establece en los Artículos de Continuación adjuntos, bajo la sección 356.2 (1) de la Ley de Sociedades de Barbados”²³¹. El Certificado de Continuidad y el Acta de Continuidad de fecha 29 de diciembre de 2000 indican que Transban Investments Corp. ostenta en Barbados el número de sociedad 19481. El Acta de Continuidad prevé asimismo restricciones respecto del negocio que la sociedad puede llevar adelante: “La Sociedad no deberá involucrarse en ningún negocio que no sea el negocio internacional como se define en la Ley de Sociedades de Negocios Internacionales, 1991-24”. La Ley de Sociedades Mercantiles Internacionales de Barbados define al “negocio internacional” como “el negocio de fabricación internacional o comercio internacional”²³² [Traducción del Tribunal]. La propia Ley dispone que

²²⁸ *Ibíd.*

²²⁹ Véanse *infra*, párrs. 143-149.

²³⁰ Véase M. Villiger, Comentario sobre la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (*Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*), Nijhoff, Leiden-Boston 2009, pág. 428, párr. 13 y O. Dörr, K. Schmalenbach (eds.), Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Un Comentario (*Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*), Springer, Heidelberg 2012, pág.546, párr. 56

²³¹ Anexo C-0009.

²³² Artículo 3 (1) de la Ley de Sociedades de Negocios Internacionales, (Anexo CL-0125).

[S]u objeto es examinar la ley que rige a las compañías de negocios internacionales que llevan adelante el negocio de fabricación internacional y comercio internacional *desde el interior de* Barbados con vistas a

- (a) promover el desarrollo de Barbados como centro financiero internacional responsable;
- (b) la concesión de incentivos mediante reducciones, exenciones y beneficios fiscales para la fabricación internacional y el comercio internacional *desde el interior de* Barbados²³³. [Traducción del Tribunal]

Por lo tanto, Transban no puede participar en actividades económicas nacionales en Barbados. El artículo 9(7) modificado de la Ley de Sociedades Mercantiles Internacionales dispone que “[u]na licenciataria no participará en otros negocios que no sean negocios internacionales”²³⁴. [Traducción del Tribunal]

- 142. El Acta de Continuidad indica en una sección intitulada “Detalles de constitución”, que “[l]a sociedad fue originalmente constituida bajo el nombre de “Inversiones Cibanca, C.A.” en el segundo registro Comercial de la Oficina del Distrito Federal en el Estado de Miranda, el 19 de diciembre de 1996, bajo el Número 56, Volumen 695-A Sgdo. El nombre de la Sociedad se cambió a ‘Inversiones Transbanca, C.A.’”²³⁵.
- 143. Surge de lo que antecede que, en el sentido estricto, Transban no estaba, en los términos del TBI, “organizada o constituida de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente de Barbados”²³⁶, sino, por el contrario, que se había trasladado y “continuaba” en Barbados de conformidad con las disposiciones relevantes de la Ley de Sociedades de Barbados²³⁷. Por consiguiente, el Tribunal deberá tener en cuenta si debe considerarse que la “continuidad” cumple el requisito con arreglo al TBI de que la Demandante esté “organizada o constituida de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente de Barbados”.
- 144. La Ley de Sociedades consta de cinco Partes. La Parte I se denomina “*Formación y Gestión*” y se divide en 12 Divisiones. La División A lleva el título “*Constitución de las Sociedades*”. El inciso (1) del Artículo 4 de la Ley de Sociedades dispone que “con sujeción al inciso (2), una o más personas podrán constituir una sociedad mediante la suscripción y envío del acta constitutiva al Registrador de Sociedades”²³⁸ [Traducción del Tribunal]. No existe evidencia alguna, y no se alega, que Transban se habría establecido en Barbados de esta forma, conforme al inciso (1) del Artículo 4 de la Parte I, esto es, mediante la suscripción y envío del acta constitutiva al Registrador de Sociedades. Tampoco existe evidencia alguna de que el Registrador de Sociedades le

²³³ Artículo 2 (1) de la Ley de Sociedades de Negocios Internacionales, (Anexo CL-0125) (énfasis agregado).

²³⁴ *Ibíd.*

²³⁵ *Ibíd.*

²³⁶ En la Solicitud de Arbitraje, la Demandante afirmó que “Transban es una sociedad creada de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados” (párr. 12) y que “Transban está organizada en Barbados” [Traducción del Tribunal] (párr. 72).

²³⁷ Anexo CL-108A.

²³⁸ El inciso (2) no es de relevancia a los fines del presente procedimiento en tanto descalifica a tres categorías de personas, es decir, aquellas (a) que sean menores de 18 años, (b) que “no estén en uso de sus facultades mentales” [Traducción del Tribunal] y hayan sido declaradas como tal por un Tribunal de Barbados o de cualquier otro lugar, o (c) ostenten el carácter de insolvente, del derecho de conformar o participar en la constitución de una sociedad en virtud de la Ley de Sociedades.

habría expedido a Transban un Certificado de Constitución de conformidad con el Artículo 404. Este certificado constituye una prueba concluyente de la constitución de la sociedad mencionada en el certificado. Una sociedad queda constituida en la fecha que se muestra en su certificado de constitución²³⁹.

145. Las disposiciones relevantes de la Ley de Sociedades de Barbados en relación con el traslado de Transban a Barbados han de hallarse en la Parte III²⁴⁰ titulada “*Otras sociedades inscriptas*” [Traducción del Tribunal]. La Parte III consta de ocho Divisiones²⁴¹. De particular relevancia para el análisis del Tribunal son las disposiciones de la División D, intitulada “*Movilidad corporativa*” [Traducción del Tribunal], sobre la que las Partes centran sus argumentos.
146. Resulta de utilidad reproducir el texto de esta División relevante para el análisis de la situación de Transban. Dice lo siguiente:

DIVISIÓN D

MOVILIDAD CORPORATIVA

356.1. (1) Una persona jurídica que *en ese momento está constituida en una jurisdicción distinta de Barbados podrá, si estuviera autorizada en virtud de la legislación de esa otra jurisdicción, solicitarle al Registrador un certificado de continuidad en virtud de la presente Ley.*

(2) Una solicitud en virtud del inciso (1) debe realizarse mediante *acta de continuidad* en la forma prescripta.

(3) El acta de continuidad podrá, sin que así se establezca en el acta, realizar cualquier modificación a los instrumentos societarios de la persona jurídica que solicita la continuidad en virtud de este artículo, si la modificación

(a) se autoriza de conformidad con la legislación aplicable a la persona jurídica con anterioridad a la continuidad en virtud de la presente Ley; y

(b) se trata de una modificación a su acta que una sociedad constituida con arreglo a la presente Ley esté facultada a realizar.

356.2. (1) Al recibir el acta de continuidad, el Registrador podrá expedir un certificado de continuidad de conformidad con el artículo 404.

(2) en la fecha indicada en el certificado de continuidad

(a) la persona jurídica se convierte en una sociedad a la que esta Ley se aplica como si la sociedad hubiese sido constituida conforme la presente Ley;

²³⁹ Véanse Artículo 8 y 9 de la Ley de Sociedades de Barbados, (Anexo CL-0125).

²⁴⁰ La Parte II de la Ley de Sociedades se titula “Protección de acreedores e inversionistas”, la Parte IV “Liquidación” y la Parte V “Administración y General” [Traducción del Tribunal]. No son relevantes a los fines del análisis de la excepción de la Demandada a la jurisdicción del Tribunal *ratione personae*.

²⁴¹ Las ocho divisiones de la Parte III son las siguientes: División A: Sociedades sin capital social, B: Sociedades Externas, C: Sociedades anteriores a la Ley, C.1: Sociedades de derecho público, D: Movilidad corporativa, E: Mutuas de Seguro, F: Sociedades con una estructura de cuentas independientes, G: Compañías de células segregadas. [Traducción del Tribunal]

(b) el acta de continuidad se convierte en el documento constitutivo de la sociedad que mantiene su continuidad; y

(c) excepto a los fines del artículo 62, el certificado de continuidad es el certificado de constitución de la sociedad que mantiene su continuidad.

356.3. Cuando una persona jurídica tenga continuidad como sociedad en virtud de la presente Ley, son aplicables los artículos 353 y 354, con las modificaciones que las circunstancias exijan, a la sociedad que mantiene su continuidad en virtud de esta Ley.

356.4. (1) Con sujeción al artículo 356.5, una sociedad podrá

(a) si estuviere autorizada por sus accionistas de conformidad con el presente artículo; y

(b) si a satisfacción del Registrador se estableciere que la continuidad propuesta en otra jurisdicción no afectará de manera adversa a sus acreedores o accionistas, presentarse ante el funcionario u organismo público pertinente de la otra jurisdicción y solicitar que la sociedad continúe como sociedad anónima en la otra jurisdicción como si hubiese sido organizada en virtud de la legislación de esa otra jurisdicción.

(2) De conformidad con el artículo 109, deberá enviarse a cada uno de los accionistas una notificación de una asamblea de accionistas que cumpla con dicho artículo y la notificación deberá establecer que un accionista disidente tendrá derecho a que se le pague el valor justo de sus acciones de conformidad con los artículos 213 a 222; aunque el hecho de que no se realice esta declaración no invalidará una continuidad efectuada en otra jurisdicción conforme a una solicitud por lo demás realizada de conformidad con el presente artículo.

(3) Cada una de las acciones de la sociedad conlleva el derecho a voto en lo que respecta a una continuidad en otra jurisdicción ya sea que de otro modo conlleve o no un derecho a voto.

(4) Una solicitud de continuidad en otra jurisdicción deviene autorizada cuando los accionistas que votan al respecto hayan aprobado la continuidad mediante resolución especial.

(5) Los directores de una sociedad podrán, si fueren autorizados por los accionistas en el momento de aprobar, en virtud del presente artículo, una solicitud de continuidad de la sociedad en otra jurisdicción, abandonar la solicitud sin que media otra aprobación de los accionistas.

356.5. Una sociedad no podrá solicitar la continuidad en otra jurisdicción, ni podrá tampoco tener continuidad en virtud de la legislación de otra jurisdicción, con carácter de persona jurídica constituida en esa otra jurisdicción conforme al artículo 356.4 excepto que la legislación de esa otra jurisdicción prevea en efecto que

(a) los bienes de la sociedad continúan siendo los bienes de la persona jurídica;

(b) la persona jurídica sigue siendo responsable de las obligaciones de la sociedad;

(c) no se vea afectado ningún derecho de acción, reclamación o responsabilidad existente susceptible de procesamiento;

(d) una acción o proceso civil, penal o administrativo en trámite por parte de la sociedad o en su contra podrá seguir adelante por parte de la persona jurídica o en su contra; y

(e) una condena en contra o un fallo o sentencia a favor o en contra de la sociedad puedan ser ejecutados por la persona jurídica o en su contra.

356.6. (1) Al recibir una notificación que le resulte satisfactoria de que a una sociedad que ha realizado una solicitud en virtud del artículo 356.4 se le ha dado continuidad como sociedad anónima en virtud de la legislación de otra jurisdicción, el Registrador deberá archivar la notificación y expedir un certificado de discontinuidad de conformidad con el artículo 404.

(2) Después de que se expida un certificado de discontinuidad en virtud del inciso (1) en lo que respecta a una sociedad que tenga continuidad como sociedad anónima en virtud de la legislación de otra jurisdicción, inmediatamente, la sociedad anónima deviene una sociedad externa a todos los fines de la presente Ley.

(3) La notificación descrita en el inciso (1) constituye, a los fines del artículo 404, un acta que se ajusta a derecho. [Traducción del Tribunal]

147. Transban presentó su solicitud al Registrador de Sociedades conforme al Artículo 356.1. (1) de la Ley de Sociedades. No se discute que cumplió con la condición establecida en esta Sección de estar “en ese momento [es decir, en el momento de la solicitud] constituida en una jurisdicción distinta de Barbados” [Traducción del Tribunal] ya que en el período 2000-2001 (al menos hasta el 17 de agosto de 2001) se encontraba todavía constituida en Venezuela.
148. La otra condición establecida en el Artículo 356.1. (1) para la sociedad que solicite el Certificado de Continuidad es que esté “autorizada en virtud de la legislación de otra jurisdicción [es decir, no barbadense]” [Traducción del Tribunal] en la cual se encuentra constituida la sociedad solicitante. Las Partes no están de acuerdo respecto de si la legislación de Venezuela “autoriza” a las sociedades constituidas en Venezuela a que soliciten la continuidad en otras jurisdicciones. Es este requisito de la legislación barbadense el que guía el análisis de la legislación venezolana por parte del Tribunal.
149. La Demandada alegó que “el derecho venezolano no da autorización a una empresa, a una sociedad anónima venezolana a que ‘continúe’ en Barbados”; que “[l]o que sí se permite son cambios de domicilio dentro del territorio nacional [de Venezuela]”, pero que “[e]sa idea de la continuidad es algo que no se menciona en el derecho venezolano”²⁴².
150. Sin embargo, la Demandada, al responder a una pregunta formulada por el Tribunal durante la audiencia, admitió que “no hay ninguna prohibición en el derecho venezolano para redomiciliar a una personalidad jurídica”²⁴³. La Demandada explicó que “a no ser que exista una disposición del Tratado que disponga un mecanismo [para redomiciliarse] – como, por ejemplo, la CIDIP II, que es una convención interamericana [sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles] que contiene un mecanismo para la redomicialización fuera de Venezuela – la manera en que

²⁴² Transcripción de la Audiencia Día 1, pág. 99: 5-14.

²⁴³ Transcripción de la Audiencia Día 2, pág. 467:21-22. El abogado de la Demandada fue un tanto contradictorio en su declaración cuando afirmó que “que un tratado exista, que exista no sería prohibido” redomiciliarse. Transcripción de la Audiencia Día 2, pág. 467:6-7.

esto puede ocurrir sería, primero, disolver la entidad, y después seguir adelante”²⁴⁴. [Traducción del Tribunal]

151. La Demandante sostuvo que la legislación venezolana autoriza la redomicialización de una sociedad venezolana puesto que no la prohíbe. En apoyo a esta afirmación, hace alusión a la “capacidad jurídica de acción plena” tanto para personas físicas como para personas jurídicas²⁴⁵, que, según ella, se deriva del Artículo 112 de la Constitución Venezolana “que reconoce la libertad económica — es decir, el libre arbitrio, la libre voluntad, que entraña, en primer lugar, la libertad de pactar un contrato y los estatutos de una sociedad son un contrato.— ...; y, además, la libertad de determinar cuál va a ser el contenido del contrato pactado a menos que exista una disposición específica y expresa en una ley... promulgada por el Congreso que prohíba ciertos tipos de contrato o ciertos tipos de contenido de los contratos”²⁴⁶. La Demandante afirma que “no existe ninguna regla, ninguna norma, ninguna norma en absoluto que prohíba el cambio de domicilio a otra jurisdicción. Sencillamente no existe dicha norma. En otras palabras, no hay norma ninguna que impida o que prohíba la movilidad de una sociedad”²⁴⁷. Es posible que la legislación venezolana no prohíba la redomicialización de una sociedad venezolana, tal como alega la Demandante. Sin embargo, la cuestión a determinar no es si la legislación venezolana prohíbe sino si simplemente al no prohibir dicha acción Venezuela cumple con el requisito de la legislación barbadense de que dicha redomicialización esté “autorizada”.
152. Según la opinión del Tribunal, el término “autorizar” en el Artículo 356.1. (1) en su sentido corriente es más bien equivalente a “dar una autorización legal o formal a una persona u organismo para hacer algo”, “facultar” o “permitir”²⁴⁸ [Traducción del Tribunal], y no simplemente una ausencia de prohibición formal. De manera similar, en inglés jurídico, en el que se promulgan las leyes de Barbados, el término “autorizar” posee el significado de “1. Dar autoridad jurídica, facultar; 2. aprobar formalmente, autorizar” y el término “autorización” significa “1. permiso oficial para hacer algo, aprobación, autorización; 2. el documento oficial que otorga dicho permiso”²⁴⁹. [Traducción del Tribunal]
153. En la opinión del Tribunal, el término “autorizar” tiene un sentido similar en la Ley de Sociedades de Barbados. Se lo utiliza en la División D “Movilidad Corporativa” no sólo en el Artículo 356.1. (1) en relación con las sociedades que se trasladen a Barbados, sino también en el Artículo 356.4. (1) en relación con las sociedades que abandonan Barbados. En virtud de ese último Artículo, con sujeción a las condiciones establecidas en el Artículo 356.5., “una sociedad podrá (a) si es *autorizada* por sus accionistas de conformidad con el presente artículo; [...] presentarse ante el funcionario u organismo público pertinente de otra jurisdicción y solicitar que la sociedad tenga continuidad como sociedad anónima en la otra jurisdicción como si hubiese sido constituida en virtud de la legislación de esa otra jurisdicción”²⁵⁰ [Traducción del Tribunal]. Este Artículo

²⁴⁴ Transcripción de la Audiencia, Día 2, pág. 468:4-10. Venezuela afirmó que Barbados no es Parte de la CIDIP II (Transcripción de la Audiencia Día 2, pág. 467:5-6). Esta afirmación no fue impugnada.

²⁴⁵ Transcripción de la Audiencia Día 2, pág. 474:9-11.

²⁴⁶ Transcripción de la Audiencia Día 2, págs. 474:21-475:0.

²⁴⁷ Transcripción de la Audiencia Día 2, pág. 476:1-7.

²⁴⁸ *Shorter Oxford English Dictionary*, Quinta Edición, tomo 1, pág. 154.

²⁴⁹ *Black's Law Dictionary*, Décima Edición., B.A. Garner (ed.), Thomson Reuters 2014, pág. 159.

²⁵⁰ Énfasis agregado.

describe el procedimiento y las condiciones para que los accionistas autoricen el traslado de una sociedad fuera de Barbados y para solicitarle al funcionario pertinente de otra jurisdicción la continuidad de la sociedad en esa otra jurisdicción. Por lo tanto, en este artículo, “autorizada” indica la autoridad conferida por los accionistas y no existiría simplemente porque los accionistas no prohíban ese traslado.

154. Por lo tanto, el Tribunal concluye que la frase “autorizada” exige una autorización afirmativa en lugar de simplemente una ausencia de prohibición. Dicha conclusión está sustentada asimismo por el limitado expediente ante el Tribunal.
155. En primer lugar, el Tribunal observa que en virtud del Artículo 356.6. (1) de la Ley de Sociedades de Barbados, al recibir la notificación de que una sociedad ha continuado como sociedad anónima en virtud de la legislación de otra jurisdicción, el Registrador de Sociedades de Barbados “deberá registrar la notificación y expedir un *Certificado de Discontinuidad*”²⁵¹ [Traducción del Tribunal]. La consecuencia jurídica de la expedición de dicho certificado es que “[d]espués de que se expida el Certificado de Discontinuidad... en lo que respecta a una sociedad que tiene continuidad como sociedad anónima en virtud de la legislación de otra jurisdicción, inmediatamente, la sociedad anónima deviene una sociedad externa a todos los fines de la presente Ley [de Sociedades de Barbados]”²⁵² [Traducción del Tribunal]. En otras palabras, el ejemplo principal de un régimen de movilidad corporativa en Barbados que el Tribunal tiene ante sí revela una clara intención de que la migración de una sociedad sea reconocida no solo por la jurisdicción receptora sino también por la jurisdicción que la sociedad ha abandonado.
156. En segundo lugar, la Demandante, y su perito experto en derecho barbadense, Sir Trevor Carmichael, alegaron que la Ley de Sociedades de Barbados se ve influida por la ley de sociedades de Canadá²⁵³ e hicieron referencia al libro en materia de Derecho societario en Canadá de autoría de Bruce Welling²⁵⁴. Aunque pareciera que la División D sobre Movilidad Corporativa en la Ley de Sociedades de Barbados (Artículo 356) se inspira en la legislación societaria canadiense (Artículo 187), es dable señalar que Welling observa en su tratado que “existen dificultades potenciales cualesquiera que sean las dos jurisdicciones involucradas”²⁵⁵ [Traducción del Tribunal]. Abunda en el tema del siguiente modo:

El primer problema involucra la capacidad de la sociedad de cambiar de jurisdicciones. En el ejemplo de la B.C.C.A.²⁵⁶, está capacidad se confiere con arreglo a la ley. Sin embargo, no puede anticiparse que será así en todas las jurisdicciones. En caso de que la jurisdicción de constitución carezca de dicho artículo²⁵⁷, se requiere la interpretación de la sección sobre ‘inmigración’ de la jurisdicción de destino... la Ley de Sociedades Comerciales de Canadá (C.B.C.A. por sus siglas en inglés) exige que la

²⁵¹ Énfasis agregado.

²⁵² Artículo 356.6(2) (Anexo CL-108A).

²⁵³ Transcripción de la Audiencia, Día 2, pág.292:17-21 págs. 297:22-298:1.

²⁵⁴ Bruce Welling, *Corporate Law in Canada, The Governing Principles*, Segunda Edición, Toronto Vancouver 1991 (Anexo CL-0120).

²⁵⁵ *Ibid.*, pág. 247.

²⁵⁶ Donde “B.C.C.A.” hace alusión a la Ley de Sociedades de la Columbia Británica.

²⁵⁷ El Tribunal entiende con no existe un artículo de este tipo en la legislación venezolana, en virtud de la cual Transban fue organizada originalmente como Inversiones Cibanca, C.A.

persona jurídica que pretende inmigrar sea ‘autorizada por la legislación de la jurisdicción en la que esté organizada’. No queda claro si esto exige que la otra jurisdicción permita la emigración con arreglo a la ley, o si es suficiente que el concepto de emigración se encuentre dentro del ámbito de la constitución societaria y, en consecuencia, no esté prohibida por la Ley²⁵⁸. [Traducción del Tribunal]

La autoridad principal que invoca la Demandante reconoce así que hay cuestiones particulares presentes cuando el Estado que se abandona no habilita de manera explícita la redomicialización. Welling concluye su análisis en materia de “emigración e inmigración societaria” con la siguiente nota de advertencia:

[A]quellos que planean o enfrentan una continuidad propuesta harían bien en analizar en detalle los tipos de leyes de constitución en las dos jurisdicciones antes de comprometerse a un acta de continuidad diseñada de manera simplista y posiblemente inadecuada²⁵⁹. [Traducción del Tribunal]

157. La posible confusión en cuanto al verdadero estatus societario que podría surgir, a menos que se disponga una autorización de redomicialización, sustenta una interpretación de “autorizada” que exige una habilitación expresa.
158. En efecto, esta posible confusión existe en el presente procedimiento. En primer lugar, el Tribunal observa que, aun si aceptara la opinión de la Demandante de que una sociedad venezolana puede redomiciliarse ya que la legislación venezolana no le prohíbe cambiar la sede de la sociedad a otro país, se mantendría sin embargo la cuestión de determinar las consecuencias jurídicas de este traslado en virtud de la legislación venezolana para la situación jurídica de la sociedad en ese país. La legislación de Barbados, con inclusión de la Ley de Sociedades, no puede incidir en la situación jurídica en Venezuela de una sociedad constituida originalmente en virtud de la legislación de esta última excepto que la legislación venezolana atribuya estas consecuencias legales a la “movilidad corporativa” [Traducción del Tribunal], a la sociedad que abandona Venezuela. El Tribunal observa que la Demandante no puede demostrar que Transban haya dejado de ser una sociedad constituida en Venezuela en virtud de la legislación venezolana después de que se le expidiera un Certificado de Continuidad en Barbados en el mes de agosto de 2001. El Tribunal reconoce el argumento de la Demandante de que no se discontinuó formalmente a Transban en Venezuela ya que no existe un procedimiento para esta discontinuidad en virtud del derecho venezolano y que la Demandante no habría podido exhibir un Certificado de Discontinuidad porque dicho certificado no existe en virtud del derecho venezolano²⁶⁰. Además, el Tribunal reconoce el argumento de la Demandante de que el Acta de la Asamblea de Accionistas de fecha 5 de diciembre de 2000, que contiene la decisión de cambiar el domicilio de la sociedad, fue inscrita por el Registrador Mercantil en el Registro Mercantil y la decisión del Registrador nunca ha sido impugnada por el Gobierno de Venezuela. Sin embargo, sobre la base de las pruebas ante sí, el Tribunal determina que la Demandante no establece que ya no exista como persona jurídica dentro de Venezuela.

²⁵⁸ Bruce Welling, *Corporate Law in Canada*, pág. 247. Notas al pie omitidas (Anexo CL-0120).

²⁵⁹ *Ibid.*, pág. 249.

²⁶⁰ Transcripción de la Audiencia Día 2, págs. 437:20- 438:3 y págs. 485:20-486:22.

159. El expediente indica que la sociedad venezolana Inversiones Transbanca, C.A. eventualmente, y al menos poco tiempo después de su redomicialización, continuó actuando en Venezuela bajo esa denominación aun después de que cambiara su denominación a Transban Investment Corp. y de que recibiera el 17 de agosto de 2001 el Certificado de Continuidad expedido por el Registrador de Sociedades de Barbados. Durante la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de Bavarian Motors, C.A., celebrada el 30 de agosto de 2001, Inversiones Transbanca, C.A., representada por la Dra. María Margarita Sosa, participó en la decisión de aumentar el capital social e Inversiones Transbanca, C.A. suscribió el cincuenta por ciento del aumento del capital²⁶¹.
160. De manera similar y más recientemente, en un contrato suscrito en el mes de agosto de 2006 entre Bavarian Motors y Banco Fondo Común, que otorgara una línea de crédito, el Sr. José Luis Velutini Octavio actuó y suscribió el contrato como “Director de la sociedad mercantil Inversiones Transbanca, C.A. (f/k/a Inversiones Cibanca, C.A.)”²⁶². El contrato indica que Inversiones Transbanca, C.A. está “domiciliada en la ciudad de St. Michael en la Monarquía Constitucional de Barbados” tal como fuera “inscrita por ante el Registro Mercantil Segundo de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda en fecha 19 de diciembre de 1996”. El contrato establece además que la sociedad “cambi[ó] [su] denominación al actual [como fuera] inscrito [en] el citado Registro Mercantil, en fecha 20 de agosto de 1998”. El contrato indica asimismo que la sociedad cambió su “domicilio [que] quedó inscrito [en] el citado Registro Mercantil, en fecha 26 de diciembre de 2000...” y “la compañía continuó el día 17 de agosto de 2001, como una Compañía de Comercio Internacional bajo la Sección 356-2 (1) de la Ley de Compañías, Tomo 308 de las Leyes de Barbados, y se encuentra registrada en el Registro de Compañías”²⁶³.
161. Por lo tanto, con base en las pruebas y el argumento que le fueran presentados, el Tribunal concluye que el Artículo 356.1. (1) al disponer que una sociedad, en calidad de persona jurídica constituida en otra jurisdicción podría solicitarle al Registrador, si estuviere autorizada en virtud de la legislación de esa otra jurisdicción, un Certificado de Continuidad al efecto de tener continuidad en Barbados, significa algo más que simplemente una ausencia de prohibición expresa de movilidad corporativa en la legislación de la jurisdicción de constitución original de una sociedad.
162. Existe otro asunto de interés para el Tribunal. La Demandante presenta como su inversión en Venezuela el establecimiento de una sociedad denominada Bavarian Motors, C.A.²⁶⁴. Sin embargo, Bavarian Motors fue constituida en Venezuela el 13 de julio de 2000²⁶⁵, no por Transban sino por Inversiones Transbanca, alrededor de 5 meses antes de que los accionistas de esa sociedad decidieran cambiar la denominación de la sociedad y trasladar “el domicilio de sociedad a la Isla de Barbados”²⁶⁶. Tal como admitiera la Demandante, la mitad del capital inicial de Bavarian Motors fue aportado por Inversiones Transbanca y la mitad restante por B.B.O. Servicios Financieros,

²⁶¹ Anexo C-0010.

²⁶² Anexo C-0033.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ MD, párrs. 32-33.

²⁶⁵ Anexo C-0003, Registro Mercantil.

²⁶⁶ Anexo C-0004, Acta de la Asamblea de Accionistas de Inversiones Transbanca, C.A.

C.A.²⁶⁷. Por lo tanto, no puede controvertirse que la inversión original fue venezolana, y no extranjera. Ulteriormente, en el mes de noviembre de 2003, después de que Inversiones Transbanca trasladara el “domicilio de la sociedad” y cambiara su denominación a Transban Investment Corp., Transban adquirió la participación de B.B.O. en Bavarian Motors, convirtiéndose así en el único y exclusivo accionista de Bavarian Motors²⁶⁸.

163. Los abogados de la Demandante le pidieron a su Experto “que determinara si Transban es considerada una ‘Sociedad’ bajo las leyes de Barbados y dentro de la definición del Artículo 1(d) [TBI]”.²⁶⁹
164. En opinión del Tribunal, la pregunta clave es determinar si Transban es “una sociedad organizada o constituida de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente” de Barbados, ya que solo entonces podrá cumplir con los requisitos de la definición de sociedades en el Artículo 1(d) del TBI. La conclusión del Experto es que “Transban es una ‘Sociedad’ constituida bajo las leyes de Barbados y ha sido una sociedad de Barbados desde el 17 de agosto de 2001 (la ‘fecha de Continuidad’)”²⁷⁰.
165. El Experto basa su conclusión en que “Transban siguió los requisitos legales prescritos para la continuación y recibió un certificado de continuidad en Barbados”²⁷¹. Según su opinión, “[b]ajo las leyes de Barbados, los efectos jurídicos de la emisión del certificado de continuidad es que Transban es considerada como una entidad constituida originalmente en Barbados”²⁷².
166. El Tribunal observa que, primero, el Experto adopta la opinión de que Transban es una sociedad “constituida bajo las leyes de Barbados” y, posteriormente, en el siguiente párrafo de su informe que “Transban es considerada como una entidad constituida originalmente en Barbados”. Parece que no establece una distinción entre las sociedades organizadas, y las sociedades constituidas, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente de Barbados, aunque el texto del TBI contemple las dos alternativas al disponer que “el término ‘sociedades’ significa con respecto a cada Parte Contratante, las corporaciones, consorcios y asociaciones organizadas o constituidas de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente de la respectiva Parte Contratante”²⁷³.
167. El Tribunal observa además que el Artículo 356.2 de la Ley de Sociedades de Barbados tiene más matices que lo que sugiere el Experto. No dispone que “los efectos jurídicos de la emisión de ese certificado [es decir, el Certificado de Continuidad] es que una sociedad es considerada *como una entidad constituida originalmente* en Barbados”²⁷⁴, tal como afirmara el Experto, sino que establece que “[e]n la fecha indicada en el Certificado de Continuidad la persona jurídica se convierte en una sociedad a la que esta Ley [es decir, la Ley de Sociedades] se aplica *como si* la sociedad *hubiese sido constituida* conforme la presente Ley”²⁷⁵. Este lenguaje indica que la Ley de Sociedades

²⁶⁷ MD, pág. 9, párr. 33.

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ Informe del Experto Sir Trevor Carmichael, párr. 3.

²⁷⁰ Informe del Experto Sir Trevor Carmichael, párr. 8.

²⁷¹ *Ibid.*, párr. 9.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ Énfasis agregado.

²⁷⁴ Informe del Experto Sir Trevor Carmichael, párr. 8 (énfasis agregado).

²⁷⁵ Inciso 356.2. (2) (a) (énfasis agregado).

traza una distinción entre la constitución y la continuidad de las sociedades. Transban es una sociedad que mantiene su continuidad a la que se le aplica la Ley de Sociedades de Barbados de la misma manera en que se le aplicaría si hubiese sido constituida conforme a esa Ley. Pero está claro que Transban no fue constituida en virtud de la Ley de Sociedades de Barbados ya que la constitución “original” de sociedades en Barbados se realiza conforme al Artículo 4 de la Ley de Sociedades de Barbados.

168. Además, debe observarse que la Ley de Sociedades de Barbados, cuando define el término “sociedad”, traza una distinción entre constitución y continuidad. Define a una “sociedad” como “una persona jurídica que *se constituye o tiene continuidad* bajo esta Ley”²⁷⁶. Según la opinión del Tribunal, una sociedad no podría, en virtud de la Ley de Sociedades de Barbados, tener continuidad y a la vez constituirse. No se ha presentado ante el Tribunal prueba alguna en contrario.
169. Existe una razón adicional por la cual, según la opinión del Tribunal, Transban no puede ser considerada una sociedad constituida en Barbados, aunque la Demandante afirmara que “Transban es una compañía que, desde el 17 de agosto de 2001, ha sido constituida y es una compañía de Barbados”²⁷⁷.
170. Tal como se mencionara *supra* (véase párr. 142), el Acta de Continuidad de Transban contiene una restricción a su actividad comercial: “[L]a Sociedad no deberá involucrarse en ningún negocio que no sea el negocio internacional como se define en la Ley de Sociedades de Negocios Internacionales, 1991-24”²⁷⁸. Esto se corresponde con la intención de los Accionistas reflejada en el Acta de Asamblea de fecha 5 de diciembre de 2000, ya que la sociedad debía ser “amparada por las leyes... de Barbados como una compañía de negocios internacionales bajo la *International Business Companies Act*”²⁷⁹.
171. El Artículo 3 (2) de dicha Ley dispone, que “[a] los fines de la presente Ley, una compañía de negocios internacionales será considerada como residente en Barbados cuando esa compañía se encuentre constituida o inscrita de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados”²⁸⁰ [Traducción del Tribunal]. Claramente, la Ley de Sociedades de Negocios Internacionales establece efectivamente una distinción entre las sociedades constituidas de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados y aquellas que estén inscritas de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados. Debe recordarse que la división sobre movilidad corporativa (División D), conforme a la cual Inversiones Transbanca, C.A. solicitó la expedición del Certificado de Continuidad, se encuentra comprendida en la Parte III de la Ley de Sociedades de Barbados, intitulada “Otras Sociedades Inscriptas” [Traducción del Tribunal]. Según la opinión del Tribunal, a los fines de la Ley de Sociedades de Negocios Internacionales, Transban es “considerada residente en Barbados” [Traducción del Tribunal], en calidad de *sociedad inscrita de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados*, y no en calidad de sociedad constituida de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados.
172. Además de la constitución, el TBI, en su definición de sociedades en el Artículo 1 (d), utiliza el término “constituidas, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente de la

²⁷⁶ Artículo 2 (1) (b) (énfasis agregado).

²⁷⁷ Transcripción de la Audiencia Día 1, pág. 124:19-21; pág. 132:7-9.

²⁷⁸ Anexo C-0009.

²⁷⁹ Anexo C-0004, Acta de la Asamblea de Accionistas de Inversiones Transbanca, C.A.

²⁸⁰ Ley de Sociedades de Negocios Internacionales, Artículo 3(2) (Anexo CL-0125) (énfasis agregado).

respectiva Parte Contratante”. Para recordar, la disposición reza lo siguiente: “(d) El término “sociedades” significa con respecto a cada Parte Contratante, las corporaciones, consorcios y asociaciones organizadas o *constituidas* de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente de la respectiva Parte Contratante”.

173. El Tribunal opina que no puede considerarse a Transban “constituida de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados” según la utilización del término en la definición de sociedades en el TBI. El sentido corriente del término “constituir” es “establecer” “formarse”²⁸¹. Este término tiene un sentido similar en inglés jurídico. Se lo entiende como, “dar forma jurídica o procesal pertinente a (algo), establecer por ley, constituir o formar”²⁸². [Traducción del Tribunal]
174. La Ley de Sociedades de Barbados no utiliza el término “constituir”, “constituida” o “constitución”. En cambio, utiliza el término “formación de sociedades” en el título de su Parte I “Formación y Gestión de Sociedades” [Traducción del Tribunal]. La manera de formar una sociedad en virtud de esa Parte consiste en constituirla de conformidad con el Artículo 4. Del historial de Transban descrito *supra*²⁸³ queda claro que no se formó ni se estableció en Barbados, ya había existido durante más de cuatro años en calidad de sociedad venezolana cuando decidió trasladarse a Barbados.
175. Por consiguiente, el Tribunal concluye que Transban no cumple con las condiciones establecidas en el Artículo 1 (d) del TBI en tanto no ha sido organizada ni constituida de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados. En el supuesto de que Barbados, como “centro financiero internacional responsable”²⁸⁴ [Traducción del Tribunal], deseara brindar cobertura a una amplia variedad de clases de sociedades regidas por su Ley de Sociedades, podría haberle propuesto a Venezuela y haber acordado con ella una definición distinta y más amplia del término sociedades a los fines del TBI. No lo hizo.
176. Habida cuenta de lo que antecede, el Tribunal, por mayoría, acoge la excepción de la Demandada *ratione personae* y declara que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones carece de jurisdicción y el Tribunal carece de competencia para dirimir el caso²⁸⁵.

VII. COSTAS

177. El 10 de mayo de 2016, las Partes presentaron sus respectivas Declaraciones sobre Costos.
178. Cada una de las Partes le ha solicitado al Tribunal que ordene que se le reembolsen los costos de representación legal, incluidos los honorarios y gastos de expertos²⁸⁶. La Demandante solicitó además que se le reembolse su porcentaje de la totalidad de costas

²⁸¹ Véase, *Shorter Oxford English Dictionary*, Quinta Edición, Tomo I, pág. 496.

²⁸² *Black's Law Dictionary*, Décima Edición, B.A. Garner (ed.), Thomson Reuters, St. Paul 2014, pág. 376.

²⁸³ Véanse párrs. 133-139 *supra*.

²⁸⁴ Artículo 2 (1) (a) de la Ley de Sociedades de Negocios Internacionales de Barbados, (Anexo CL-0125).

²⁸⁵ El Árbitro, Profesor David Caron, no comparte esta conclusión. Tal como explicara en su Opinión Disidente y Concurrente adjunta al Laudo como Anexo B, él habría rechazado la excepción preliminar *ratione personae*.

²⁸⁶ TCMJ párr. 110 (c); MOBJ, párr. 500 (d).

del arbitraje sufragadas al CIADI y que se le ordene a la Demandada que sufrague su porcentaje²⁸⁷.

179. La Demandada se ha negado a realizar el pago de cualquier anticipo al CIADI. La Demandante realizó este pago en lugar de la Demandada.
180. La Demandante ha sostenido que ha incurrido en un total de USD 1.712.511,52 en concepto de costos. Esta suma incluye USD 700.766,90 en concepto de honorarios legales, USD 166.744,62 en concepto de gastos (con inclusión de viáticos, gastos de subsistencia, el informe pericial, impresión, honorarios por el servicio de mensajería internacional) y USD 845.000,00 en concepto de anticipos al CIADI (con inclusión de USD 410.000,00 que se le requirió pagar por adelantado a la Demandante habida cuenta de la negativa de Venezuela de pagar cualquier anticipo), y el derecho de registro.
181. La Demandada sostiene que incurrió en un total de USD 2.875.000,00 en concepto de costos del procedimiento, desglosados de la siguiente manera:

Ítem	Estado	Monto
Honorarios legales	Pagados	USD 92.000
Honorarios legales	Pendientes	USD 2.601.000
Honorarios del perito	Pendientes	USD 75.000
Gastos de la Audiencia	Pagados	USD 96.000
Otros gastos	Pagados	USD 11.000
Total		USD 2.875.000

182. El Artículo 61(2) del Convenio del CIADI es aplicable a la cuestión de costas. Dispone lo siguiente:

(2) En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo.

183. Tal como observa el Profesor Schreuer “[n]i el Convenio, ni las Reglas y Reglamentos concomitantes ofrecen criterios sustantivos para la decisión del tribunal sobre qué parte debería asumir los costos”²⁸⁸ [Traducción del Tribunal]. El Tribunal ostenta una facultad de discrecionalidad muy amplia sobre la distribución de costos incurridos en el procedimiento de arbitraje del CIADI. Algunos tribunales aplican el enfoque “*victus victori in expensis condemnandus est*”, ordenándole a la parte vencida que asuma los costos del procedimiento, con inclusión de los costos de representación razonables de la parte vencedora. En ocasiones se ha tenido en cuenta la conducta de las partes en el procedimiento.

184. El Tribunal no encuentra motivo convincente alguno para apartarse de esta práctica.

²⁸⁷ TCMJ, párr. 110 (c) y (d).

²⁸⁸ Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*. pág. 1228, párr. 17 (Anexo RL-0162).

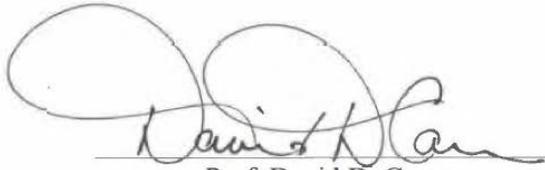
185. En consecuencia, decide que las costas del CIADI, con inclusión de honorarios y gastos de los Miembros del Tribunal, serán asumidas por la Demandante, Transban Investment Corp. Esas costas ascienden a un monto total de USD 738.188,97. La Demandante ha realizado todos los anticipos en concepto de costas. Por consiguiente, el Secretariado del CIADI le devolverá cualquier saldo remanente a la Demandante.
186. En lo que se refiere a la solicitud de la Demandada de que la Demandante le reembolse los costos de su representación legal, el Tribunal observa que la suma reclamada de USD 2.875.000,00 no se encuentra totalmente justificada ni es razonable. Es cuatro veces más elevada que los gastos de representación legal de la Demandante. Aun teniendo en cuenta que los costos de representación legal de la Demandada incluyen los costos para la preparación de su Memorial de Contestación sobre el Fondo (79 páginas), que fuera presentado conjuntamente con su Memorial de Excepciones a la Competencia y Jurisdicción (57 páginas), mientras que los costos de representación legal de la Demandante solo cubren la fase jurisdiccional, la diferencia es llamativa.
187. Existe también una diferencia significativa entre los gastos reclamados por la Demandada en el presente procedimiento y sus gastos en otros procedimientos de arbitraje del CIADI: *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/12/20). En el procedimiento de *Blue Bank*, que conllevó dos rondas de presentaciones escritas y una audiencia sobre Jurisdicción de cuatro días de duración, la Demandada, siendo representada por los mismos abogados, reclamó la suma de USD 1.709.295,00 y el Tribunal le ha ordenado a la Demandante que le pague esta suma en su totalidad a la Demandada²⁸⁹. Debe recordarse que en el presente procedimiento cada una de las Partes presentó solamente un único escrito sobre Jurisdicción y la audiencia se celebró solo durante dos días. Asimismo, la primera excepción a la jurisdicción del Tribunal basada en la denuncia del Convenio del CIADI por parte de Venezuela, fue idéntica a la primera excepción en el procedimiento de *Blue Bank*. Los mismos abogados representaron a la Demandada en ambos procedimientos.
188. Por último, determinados gastos de la Demandada se incurrieron con relación a la recusación de un árbitro que fuera rechazada por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI.
189. Teniendo en cuenta todas estas circunstancias, el Tribunal — en el ejercicio de su discrecionalidad — determina que una suma razonable para los costos de representación legal de la Demandada por la cual la Demandante la ha de reembolsar asciende a USD 600.000,00.
190. Ninguna de las dos Partes especificó el plazo dentro del cual ha de pagarse el reembolso. El Tribunal considera que un plazo de sesenta días será pertinente. Ninguna de las Partes ha solicitado que se apliquen intereses al mismo laudo. Por lo tanto, el Tribunal no determina interés alguno.

²⁸⁹ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/12/20), Laudo (26 de abril de 2017), párrs. 203 y 215 (3).

VIII. DECISIÓN

191. Por las razones expuestas *supra*, el Tribunal de Arbitraje:

- 1) Declara, por mayoría, que el Centro carece de jurisdicción y el Tribunal carece de competencia para dirimir la presente diferencia;
- 2) Decide que la Demandante sufragará la totalidad de las costas del procedimiento del CIADI (honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y los gastos administrativos del Centro);
- 3) Ordena a la Demandante que le pague a la Demandada, dentro del plazo de sesenta días a contar desde la fecha del presente Laudo, la suma de USD 600.000,00 (seiscientos mil dólares de los Estados Unidos de América) en concepto de reembolso de los costos y gastos razonables que la Demandada incurriera en relación con el presente procedimiento.



Prof. David D. Caron
Árbitro

Fecha: Noviembre 6, 2017

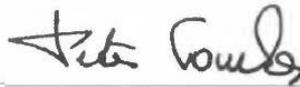
(Opinión Disidente y Concurrente adjunta)



Dr. Santiago Torres Bernárdez
Árbitro

Fecha: Noviembre 7, 2017

(Opinión Individual adjunta)



S.E. Juez Peter Tomka
Presidente del
Tribunal Fecha:
Noviembre 9, 2017

ANEXO A

Opinión Individual del Árbitro Santiago Torres Bernárdez respecto de la excepción preliminar *ratione temporis* de la Demandada

1. En su párrafo 93, el Laudo rechaza la excepción preliminar *ratione temporis* de Venezuela, mientras según mi propia conclusión el Tribunal debió haber admitido la excepción. La presente opinión explica los motivos por los cuales, a mi pesar, no puedo sumarme a mis colegas en el rechazo de dicha excepción. Por consiguiente, esta opinión se centra esencialmente en lo que parece ser el *quid* del disenso entre nosotros, comenzando por la cuestión de la determinación de la *fecha crítica* que ha de tenerse en cuenta en la interpretación y aplicación de la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 del Convenio CIADI.

2. El Laudo determina que la fecha crítica es el 24 de julio de 2012. Se llega a esta conclusión extrapolando el período de seis meses del Artículo 71 del Convenio CIADI concerniente a la denuncia del Convenio a la interpretación de la disposición establecida en el Artículo 72 del Convenio como alegó *Transban*, en tanto que en mi opinión, la fecha crítica relevante es el 24 de enero de 2012, es decir, la fecha en la que el Banco Mundial, depositario del Convenio CIADI, recibió la Notificación de Denuncia de Venezuela, es decir, tal como se dispone en el Artículo 72.

3. Mi conclusión se basa en el texto mismo del Artículo 72, así como en su contexto y en el objeto y fin de la disposición enunciada en ese Artículo dentro de la economía general del Convenio CIADI; conclusión confirmada por los *travaux* referentes tanto al Artículo 72 como al Artículo 71. A mi juicio, la cuestión que divide a las Partes, como consta en el Laudo, respecto de si *Transban* presentó ante el CIADI su Solicitud de Arbitraje el 24 o el 25 de julio de 2012 es absolutamente irrelevante para la determinación que debe efectuar el Tribunal Arbitral, sin perjuicio de recordar al respecto que la comunicación oficial cursada por el Centro a la República Bolivariana de Venezuela relativa a la iniciación del Caso establece que fue el 25 de julio de 2012 cuando el Centro *recibió* la Solicitud de Arbitraje en nombre de *Transban*.

4. No existe, en mi opinión, justificación legal alguna para introducir el “período de seis meses” del Artículo 71 en el crisol del procedimiento interpretativo del Artículo 72, tal como lo hace el Laudo. Ese período es ajeno al objeto y fin del Artículo 72. La redacción de los Artículos 71 y 72 del Convenio CIADI difiere una de otra por una razón importante, a saber, porque cada una de estas dos disposiciones está llamada a cumplir una función diferente dentro del sistema jurídico establecido por el Convenio CIADI. El alcance de los criterios temporales en el texto que adoptaron los Estados para el Artículo 71 y para el Artículo 72 del Convenio CIADI respectivamente refleja sin duda su clara intención de definir el alcance temporal de cada una de las disposiciones establecidas en dichos Artículos de manera distinta, habida cuenta de la función diferente que están llamadas a desempeñar cada una de estas dos *disposiciones finales* del Convenio.

5. Dada la claridad misma del texto del propio Artículo 72 y que el texto - tal como explicó la Comisión de Derecho Internacional en el comentario al artículo 27 de su Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados - se presume ser la expresión auténtica de las intenciones de las partes en el tratado, este árbitro considera injustificado modificar dicha presunción en el curso de cualquier aplicación particular del Artículo 72. La regla convencional establecida en el Artículo 72 debe aplicarse de

conformidad con el sentido de sus términos que resulte de la aplicación de las reglas del derecho internacional sobre interpretación de los tratados codificadas en los Artículos 31, 32 y 33 de la CVDT que están basadas, tal como viene de indicarse, en la primacía del texto en la interpretación, sin perjuicio, naturalmente, de recurrir a los elementos interpretativos extrínsecos relevantes que forman parte dichas reglas codificadas.

*

6. Desde su propio Preámbulo, el multilateral Convenio CIADI distingue, por un lado, el “consentimiento a participar en el Convenio CIADI” como Centro para el arreglo de diferencias relativas a inversiones a través de procedimientos de conciliación o arbitraje definidos y, por otro lado, el “consentimiento de las partes en una diferencia relativa a inversiones” a someterla para su resolución a uno u otro de esos procedimientos del Centro. El Artículo 71 se refiere a los efectos de la notificación de denuncia del Convenio por una Parte Contratante en el consentimiento a participar en el Convenio CIADI, en tanto que el Artículo 72 concierne los efectos de una notificación de ese tipo en los posibles derechos y obligaciones existentes, conforme al Convenio, nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro de las partes en una diferencia determinada relativa a inversiones, a saber en las relaciones entre el Estado Contratante denunciante y un inversionista particular protegido nacional de otro Estado Contratante del Convenio CIADI.

7. En otras palabras, el Artículo 72 no regula los efectos de la notificación de denuncia por un Estado Contratante del multilateral Convenio CIADI en sus relaciones convencionales con otros Estados Contratantes de dicho Convenio como lo hace el Artículo 71. Lo que regula el Artículo 72 son los efectos de ese tipo de notificación en lo que respecta a los “acuerdos obligatorios” entre el Estado Contratante denunciante y una parte o partes privada(s) extranjera(s) de someter una determinada diferencia relativa a inversiones al Centro para su conciliación o arbitraje tal como se menciona en el párrafo 6 del Preámbulo del Convenio CIADI, es decir, de los “acuerdos obligatorios de conciliación y/o de arbitraje” que puedan existir con anterioridad al recibo por el depositario del Convenio de la notificación de denuncia del mismo por el Estado Contratante de que se trate.

8. La necesidad de regular los efectos de las notificaciones de denuncia del Convenio CIADI de los Estados Contratantes respecto de dichos “acuerdos obligatorios de conciliación y/o de arbitraje” es fácil de comprender si se tiene en cuenta que dichos acuerdos son externos al propio Convenio CIADI dado que, tal como se declara en el párrafo 7 de su Preámbulo, “... la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”.

*

9. El presente Laudo comienza haciendo la distinción entre el Convenio CIADI y dichos “acuerdos obligatorios” entre las partes en una diferencia relativa a inversiones. Pero, posteriormente, la distinción se desdibuja en el razonamiento del Laudo como consecuencia de la extrapolación del elemento temporal del Artículo 71 (el período de seis meses) al Artículo 72, ignorando el hecho de que este último Artículo tiene un

elemento temporal propio que es ajeno al período de seis meses del Artículo 71. La primera víctima de ese enfoque es el *effect utile* del elemento temporal del Artículo 72, es decir, los términos “... consentimiento dado... con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario”.

10. En mi opinión, la extrapolación que hace el Laudo menoscaba el sentido y fin pretendido por la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 que resulta del sentido ordinario de sus términos en el contexto de estos y a la luz del objeto y fin del Convenio CIADI y confirman los *travaux* publicados del Convenio CIADI, así como los comentarios doctrinales más acertados (*Schreuer, Fouret, Castro de Figueidero, etc.*).

11. Interpretaciones diferentes basadas, por ejemplo, en la referencia que se hace en el Artículo 72 al consentimiento “dado por alguno de ellos” no respaldan el argumento doctrinal de unos pocos en el sentido de que las “ofertas generales permanentes” unilaterales de arbitraje CIADI hechas por Estados receptores o huéspedes (por ejemplo, en un APPRI o en cualquier otra forma) aunque no hubiesen sido aceptadas por el inversionista con anterioridad a la fecha crítica establecida en el Artículo 72 no se verían afectadas por la notificación de denuncia del Convenio CIADI. Este argumento doctrinal se basa en la lectura errónea de que los términos “dado por alguno de ellos” remiten a la relación jurídica entre el Estado receptor y el inversionista cuando sus antecedentes en el texto son el Estado denunciante, sus subdivisiones políticas u organismos públicos o sus nacionales. Me complace subrayar que el presente Laudo descarta el argumento doctrinal basado en los términos “dado por alguno de ellos”, coincidiendo en ese punto con mi propia postura al respecto. Pero, el Laudo, mediante un razonamiento distinto al mío, llega a una conclusión similar *mutatis mutandis* a la conclusión de los partidarios del argumento “dado por alguno de ellos” respecto del sentido y alcance de la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 del Convenio CIADI.

*

12. En lo que respecta a las consecuencias jurídicas de la terminación de un tratado - de la cual *la denuncia* constituye efectivamente una de sus formas - el Laudo en su párrafo 75 cita algunas disposiciones del Artículo 70 (Consecuencias de la terminación de un tratado) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) y considera que las disposiciones de ese Artículo codifican el derecho internacional consuetudinario en la materia. Pienso lo mismo en lo que se refiere a esta última proposición, pero disiento respecto del papel atribuido por el Laudo a dicha disposición de la Convención de Viena en la interpretación del Artículo 72 del Convenio CIADI.

13. En primer lugar hay que recordar que el Artículo 70 de la CVDT enuncia una norma residual (salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto) tal como lo admite el propio Laudo y el Artículo 72 del Convenio CIADI dispone *en efecto* otra cosa al respecto. Por ejemplo, el alcance de la cláusula de salvaguardia enunciada por el Artículo 72 sólo es aplicable a “los derechos y obligaciones conforme al Convenio” que existieran con anterioridad a la fecha crítica definida en dicho Artículo, en tanto que las normas consuetudinarias codificadas del Artículo 70 de la CVDT amparan asimismo “situaciones jurídicas”. Estas, “situaciones jurídicas” no se encuentran enumeradas en la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 del Convenio CIADI. Sin embargo, el Laudo en su párrafo 78 concluye lo contrario, a saber, que: “El objeto del Artículo 72 es, por lo tanto, preservar los derechos, obligaciones o

situaciones jurídicas que hayan surgido con anterioridad al recibo de notificaciones conforme al Artículo 70 o al Artículo 71 del Convenio (CIADI)”.

14. En apoyo de la conclusión citada *supra* que agrega “situaciones jurídicas” al texto de la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 del Convenio CIADI, el Laudo parecería invocar el hecho textual de que la cláusula es aplicable a las notificaciones hechas de conformidad con el Artículo 70 (notificaciones relativas a exclusiones de aplicación territorial) y el Artículo 71 (notificaciones relativas a denuncias) del Convenio CIADI. Pero, no puedo entender cómo el hecho de que la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 sea aplicable a esas dos clases de notificaciones implique que la cláusula preserve también simples “situaciones jurídicas”. En otras palabras, no veo la relación entre la premisa y la conclusión del Laudo sobre esta cuestión porque es absolutamente claro que la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 preserva solamente “derechos u obligaciones” conforme al Convenio CIADI “nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro” de las partes en una diferencia relativa a inversiones.

15. Ahora bien, para que existan estos “derechos y obligaciones” en un momento determinado, la otra parte en una diferencia relativa a inversiones - es decir, el inversionista particular extranjero - también debe haber dado su propio consentimiento a someter la diferencia al arbitraje o conciliación del CIADI (Artículo 25 (1) del Convenio CIADI). De lo contrario, tal como se explica en el Preámbulo del Convenio, no existe un “acuerdo obligatorio” entre las partes en la diferencia de someterla al arbitraje o conciliación del CIADI. De ello necesariamente se desprende que para que surjan los “derechos u obligaciones” mencionados en el Artículo 72 del Convenio CIADI se necesita, como también se enuncia en el Preámbulo, el “consentimiento mutuo” de las partes en la diferencia. El consentimiento unilateral de una de las partes en la diferencia no es fuente de derechos u obligaciones jurisdiccionales en el Convenio CIADI.

16. En mi opinión, la exclusión de las “situaciones jurídicas” del Artículo 72 del Convenio CIADI constituye un hecho textual que se explica por la clase particular de los “derechos u obligaciones” de que se trata en dicho Artículo los cuales se relacionan, esencialmente, con los procedimientos de arbitraje y conciliación del CIADI disponibles para las partes en una diferencia relativa a inversiones cuando éstas hayan concluido, a través de medios externos al Convenio CIADI, un acuerdo obligatorio o compromiso de someter la diferencia al arbitraje o conciliación del Centro. Y estos procedimientos internacionales de arreglo de diferencias por su propia naturaleza requieren a su vez el “consentimiento mutuo” de las partes en la diferencia tal como sucede en el derecho internacional consuetudinario, consentimiento mutuo que el párrafo 23 del Informe de los Directores Ejecutivos describe como la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro.

17. Debe recordarse asimismo que en el sistema del CIADI la aplicación del Derecho de los Tratados debe realizarse con discernimiento. No hay problema con las cuestiones relacionadas con el Artículo 71 en tanto sólo los Estados son o pueden convertirse en Estados Contratantes del Convenio CIADI. Pero cuando el razonamiento se realiza en relación con los “acuerdos o compromisos de arbitraje” entre las partes en una diferencia relativa a inversiones de someter la misma al Centro, es aconsejable ser precavidos. ¿Por qué? Porque en el marco del Convenio CIADI, estos “acuerdos o compromisos de arbitraje” no son “tratados”, pues una de las partes, el inversionista,

carece de legitimación legal para celebrar tratados. Sin embargo, existen otros principios y normas generales de derecho internacional aplicables a esos acuerdos o compromisos, tales como, *pacta sunt servanda*, el consentimiento mutuo de las partes de la controversia como base del arbitraje internacional, el requisito del consentimiento del Estado para someter sus diferencias con terceros a cortes y tribunales internacionales, el principio de la cosa juzgada, etc.

18. Por último, el sentido descrito *supra* en el Artículo 72 del Convenio CIADI de la expresión de que las notificaciones relativas a aplicaciones territoriales (Artículo 70) o a las denuncias (Artículo 71) del Convenio “... no afectarán los derechos u obligaciones... nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro” no sólo encuentra sustento, como *contexto*, en el mencionado párrafo 6 del Preámbulo y en el Artículo 25 (1) del Convenio sino también en otros Artículos del Convenio. Por ejemplo, una expresión similar se utiliza en las primeras líneas del Artículo 66 (2) del Capítulo IX (Enmiendas) del Convenio CIADI donde es evidente que la expresión no puede abarcar “situaciones jurídicas”.

*

19. Algunas de las normas codificadas por el Artículo 70 de la CVDT se corresponden en efecto con las disposiciones enunciadas en los Artículos 71 y 72 del Convenio CIADI. El Artículo 71 refleja la norma codificada en el Artículo 70, párrafo 1 (a), de la CVDT en el sentido de que la denuncia exime a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado. En el caso del Convenio CIADI, la denuncia producirá efecto, según lo indica el Artículo 71, seis meses después del recibo por parte del Banco Mundial de la notificación del Estado Contratante denunciante. Esto significa que, en el caso que nos ocupa, Venezuela fue eximida de seguir cumpliendo con sus obligaciones convencionales en sus relaciones con otros Estados Contratantes del Convenio CIDI seis meses después del 24 de enero de 2012, es decir, el 25 de julio de 2012, pero ciertamente esto es sin perjuicio de la cláusula de salvaguardia enunciada en el Artículo 72 para los derechos y obligaciones conforme al Convenio CIADI nacidos del consentimiento de las partes en una diferencia a la jurisdicción del Centro.

20. La disposición del Artículo 72 corresponde a su vez al Artículo 70, párrafo 1 (b), de la CVDT según el cual la terminación de un tratado, ya sea por denuncia o de otro modo, no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creado por *la ejecución del tratado antes de su terminación*. Pero no es idéntico. Tal como ya se ha indicado, el Artículo 72 del Convenio CIADI no hace mención alguna de “situaciones jurídicas”. Además - y esto se encuentra en el quid de mi disenso con la conclusión del Laudo - en el Artículo 72 del Convenio CIADI el alcance temporal de la cláusula de salvaguardia enunciada en el mismo no continúa hasta la fecha de terminación efectiva de la participación en el Convenio del Estado Contratante denunciante en sus relaciones con otros Estados Contratantes, sino, según se establece en forma explícita en el Artículo 72, hasta *el recibo de dicha notificación por el depositario del Convenio*. En el presente caso, hasta que la notificación de denuncia de la República Bolivariana de Venezuela fue recibida por el Banco Mundial el 24 de enero de 2012.

21. De ello se desprende que, en contraposición a la conclusión del Laudo, el período de seis meses del Artículo 71 del Convenio CIADI - es decir, el período comprendido

entre el 24 de enero de 2012 y el 24 de julio de 2012 - no se encuentra cubierto por la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 cuyo texto preserva solamente de los efectos de una notificación de denuncia los derechos u obligaciones conforme al Convenio CIADI nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro *existentes con anterioridad a la fecha crítica de 24 de enero de 2012* que es la fecha en la cual el Banco Mundial recibió la notificación de denuncia de Venezuela. La continuidad de los “acuerdos obligatorios” consentidos mutuamente entre las partes en una diferencia relativa a inversiones de someter dicha diferencia al arbitraje o conciliación del CIADI preservada por la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 es, exclusivamente, la de aquellos acuerdos obligatorios suscriptos con anterioridad a dicha fecha crítica. En el caso que nos ocupa, la mencionada cláusula de salvaguardia no opera en modo alguno más allá del 24 de enero de 2012.

22. Cabe recordar asimismo que en el Comentario de la CDI sobre el objeto del Artículo 70 de la CVDT (Artículo 66 del Proyecto de Artículos de la CDI), la Comisión hizo la salvedad de que la norma contenida en el párrafo 1 (b) del Artículo 70 de la CVDT concierne únicamente los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas de los *Estados parte* en los tratados generados por la ejecución de los mismos y no se refiere a los posibles “derechos adquiridos” de los *particulares*. Sin embargo, esta salvedad como tal no tiene incidencia en el presente caso porque *Transban*, tal como se indica *infra*, no ha alegado intereses, derechos adquiridos o situaciones jurídicas que le sean propios con anterioridad al 24 de enero de 2012. *Transban* ha alegado en todo momento que prestó su consentimiento al presente arbitraje el 24 de julio de 2012 cuando el CIADI recibió una copia escaneada de su Solicitud de Arbitraje adjunta a un correo electrónico de los Abogados de la Demandante.

*

23. En mi opinión, la cuestión jurídica objetiva que debe responder el Tribunal Arbitral a los fines de admitir o rechazar la excepción preliminar *ratione temporis* de Venezuela es la siguiente: ¿Existían con anterioridad al recibo de la Notificación de Denuncia de Venezuela por parte del Banco Mundial el 24 de enero de 2012 en las relaciones entre la República Bolivariana de Venezuela y *Transban* como partes en la presente diferencia relativa a inversiones derechos y obligaciones conforme al Convenio CIADI nacidos de una obligación consensual vinculante para ambas de someter la diferencia al arbitraje del CIADI, confiriendo de ese modo al CIADI y al presente Tribunal Arbitral la jurisdicción y competencia necesarias respectivamente para resolver la diferencia?

24. A la luz de las circunstancias del caso que nos ocupa, la respuesta a esa pregunta no puede ser sino negativa. *Transban* no ha alegado en ninguna etapa del procedimiento haber prestado algún tipo de consentimiento a someter la presente diferencia relativa a inversiones al arbitraje del CIADI *con anterioridad* al recibo de la Notificación de Denuncia del Convenio CIADI de Venezuela por parte del Banco Mundial el 24 de enero de 2012. La alegación de *Transban* ha sido que había aceptado el consentimiento incondicional de arbitraje internacional de Venezuela manifestado bajo la forma de una “oferta general de arbitraje” permanente (en el párrafo 4 del Artículo 8 del APPRI Barbados-Venezuela de 1994) el 24 de julio de 2012, es decir, en una fecha posterior (no anterior) al recibo de la Notificación de Denuncia de Venezuela por parte del Banco Mundial el 24 de enero de 2012. *Transban* se equivoca en lo que se refiere a los efectos conforme al Convenio CIADI de su aceptación tardía de la oferta de arbitraje de

Venezuela. Pero, *Transban* ha comprendido correctamente el mecanismo según el cual la oferta de Venezuela en el APPRI aplicable debe ser aceptada por el inversionista para establecer *el consentimiento mutuo de las partes en la diferencia relativa a inversiones a someterla al arbitraje del CIADI* tal como se prevé en el Preámbulo y en el Artículo 25 (1) del Convenio CIADI. De manera similar, *Transban* admite el principio de que una notificación de denuncia presentada de conformidad con el Artículo 72 del Convenio tiene, a partir de un momento determinado, efectos excluyentes respecto de la posibilidad para el inversionista de invocar derechos u obligaciones en materia arbitral en virtud del Convenio CIADI, pero se equivoca en la identificación del alcance temporal de la cláusula de salvaguardia del Artículo 72.

25. Surge de lo que antecede que las proposiciones de que las “ofertas generales de arbitraje” permanentes en los APPRIS no se ven afectadas por una notificación de denuncia de un Estado Contratante son erróneas en lo que se refiere al establecimiento de la jurisdicción del CIADI. Conforme al Artículo 72 del Convenio CIADI, la posible aceptación por parte de inversionistas particulares extranjeros de esas ofertas *con posterioridad* al recibo por el depositario del Convenio de la notificación carece de efecto en lo que respecta al establecimiento de la jurisdicción del Centro y, por consiguiente, de la competencia de un tribunal arbitral del CIADI.

26. En el sistema establecido por el Convenio CIADI las “ofertas generales de arbitraje” permanentes por sí mismas y sin más - es decir, sin la aceptación de la oferta por parte del inversionista particular extranjero de que se trate – no equivalen a un consentimiento vinculante para el Estado receptor de someter la diferencia relativa a inversiones en cuestión al arbitraje del CIADI. La proposición contraria no puede prosperar. ¿Por qué? Porque no sólo ignoraría el texto y el contexto del Artículo 72 del Convenio CIADI, sino también el principio jurídico del Convenio y del derecho internacional consuetudinario de que para ser vinculantes los “acuerdos de arbitraje” exigen el consentimiento de ambas partes en la diferencia en cuestión, así como la condición de que los “acuerdos de arbitraje” no se concluyen *erga omnes* sino con respecto a una persona o personas determinada(s). Las ofertas de arbitraje no son acuerdos de arbitraje.

27. Las “obligaciones jurisdiccionales” derivadas de esos “acuerdos obligatorios” de arbitraje entre las partes en la diferencia, con frecuencia bilaterales, tienen lugar con respecto y entre dos personas distintas, la que se obliga con otra y la que se ha obligado con la que se obliga, tal como señaló el Comité *ad hoc* del CIADI en el marco del caso *CMS c. Argentina (Anulación)* con respecto a esa clase de obligaciones en el contexto de una aplicación de las llamadas cláusulas paraguas. Esto supone, en mi opinión, un obstáculo jurídico importante que se interpone entre la alegación de *Transban* y la oferta general de arbitraje de Venezuela. En cualquier caso, dentro del sistema del CIADI un “Estado oferente” no puede equipararse a un “Estado obligado”.

28. Como ya se explicó, los derechos u obligaciones conforme al Convenio CIADI nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro que se mencionan en el Artículo 72 no surgen sin el consentimiento de ambas partes en la diferencia, es decir, sin un consentimiento mutuo debidamente establecido de dichas partes. Por lo tanto, una oferta unilateral de cualquiera de las partes no constituye fuente de los mencionados derechos u obligaciones. El Preámbulo y el Artículo 25 (1) del Convenio son clarísimos en ese sentido, así como el derecho internacional general. Es sólo cuando ambas partes en la diferencia relativa a inversiones han dado sus consentimientos respectivos al arbitraje

del CIADI que ninguna de las partes puede retirarlo unilateralmente. En el presente caso, sin embargo el consentimiento de la Demandante a someter a arbitraje la presente diferencia no fue dado por *Transban* hasta el 24 o el 25 de julio de 2012, es decir, demasiado tarde para perfeccionar el requisito de consentimiento mutuo de las partes, ya que desde el 24 de enero de 2012 las puertas del arbitraje del CIADI se encontraban cerradas para la Demandante en virtud del Artículo 72 del Convenio CIADI.

*

29. El objeto y fin de la norma prevista en el Artículo 72 del Convenio CIADI - según se expresa claramente en su texto - es la de operar como una cláusula de salvaguardia para preservar el acceso a los procedimientos de arbitraje o conciliación y a las facilidades del CIADI ante una determinada notificación de denuncia del Convenio por parte de un Estado Contratante determinado, pero *siempre y cuando* tanto el Estado Contratante receptor de la inversión como el inversionista protegido de otro Estado Contratante hayan consentido - *con anterioridad* al recibo de la notificación de denuncia por el depositario - someter una diferencia real o futura *relativa a inversiones* para su resolución al arbitraje o a la conciliación del CIADI según sea el caso.

30. Por lo tanto, la cláusula de salvaguardia enunciada por el Artículo 72 preserva los procedimientos de arbitraje del CIADI pendientes, así como los “acuerdos de arbitraje CIADI” debidamente celebrados entre las partes en lo que se refiere a una diferencia o diferencias relativa(s) a inversiones real(es) o futura(s), de los efectos excluyentes que conlleva el ejercicio por parte del Estado Contratante receptor (o por parte del Estado Contratante de la nacionalidad del inversionista) del derecho incondicional de denuncia del Convenio CIADI otorgado a todos los Estados Contratantes en su Artículo 71. Sin embargo, como ya se ha indicado, el alcance de la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 no lo abarca todo. El Artículo circunscribe los efectos no retroactivos de una notificación de denuncia exclusivamente a aquellos procedimientos CIADI y acuerdos de arbitraje CIADI existentes con anterioridad a la fecha en que dicha notificación sea recibida por el depositario.

31. La delimitación temporal de la cláusula de salvaguardia que realiza el Artículo 72 del Convenio CIADI acota efectivamente el alcance temporal de la norma correspondiente del derecho internacional consuetudinario codificada por la CVDT que extiende el efecto no retroactivo de una notificación de denuncia hasta la fecha en la que entra en vigor la denuncia del tratado (Artículo 70 (2) de la CVDT). Por lo tanto, existe aquí otra discrepancia entre la disposición en el Artículo 72 del Convenio CIADI y la norma consuetudinaria codificada en el Artículo 70 de la CVDT, discrepancia que, en mi opinión, es determinante para la conclusión de la ausencia de “jurisdicción del Centro” en el presente caso. Desde la fecha misma de su incoación, el presente caso se encuentra fuera del alcance temporal de la cláusula de salvaguardia del Artículo 72. Esta circunstancia de hecho impide que los procedimientos y las facilidades del Centro para el arbitraje o la conciliación de diferencias relativas a inversiones puedan considerarse disponibles para *Transban* cuando presentó su Solicitud de Arbitraje el 24 o el 25 de julio de 2012 (véase, Informe de los Directores Ejecutivos, párrafo. 22).

32. Por otro lado, el Artículo 72 del Convenio CIADI preserva sin limitación temporal alguna todos los procedimientos en curso y acuerdos de arbitraje entre las partes en la diferencia que prevean la jurisdicción del CIADI *existentes entre las mismas con*

anterioridad a la fecha crítica del recibo de la notificación de denuncia del Convenio por parte del depositario. Así pues, el hecho de que la “oferta general de arbitraje” de Venezuela en el APPRI aplicable haya sido aceptada por *Transban* con posterioridad a la mencionada fecha crítica es lo que impide que el compromiso resultante no constituya un “acuerdo de arbitraje” susceptible de abrir el acceso de *Transban* a los procedimientos de arbitraje o conciliación y a las facilidades del CIADI.

33. Naturalmente, el APPRI que enuncia la mencionada “oferta general de arbitraje” permanente de Venezuela no puede modificar el Convenio multilateral CIADI que tiene sus propios procedimientos de enmienda (Artículos 65 y 66 del Convenio), como es igualmente cierto que el Convenio CIADI no puede modificar en nada el APPRI bilateral Barbados-Venezuela. Tanto el Convenio CIADI como el APPRI aplicable constituyen tratados autónomos y las disposiciones finales de cada uno de ellos deben interpretarse y aplicarse de buena fe de conformidad con el Derecho de los Tratados. Hacer lo contrario redundaría en interpretaciones y aplicaciones engañosas tanto del Convenio como del APPRI.

34. De ello se deduce que el hecho de que el APPRI Barbados-Venezuela contenga una “oferta general de arbitraje” permanente para los inversionistas particulares de Barbados es como tal un elemento ajeno al proceso de interpretación o a la aplicación del Artículo 72 del Convenio CIADI. Por otra parte, el hecho de que por los motivos desarrollados en esta Opinión en el caso que nos ocupa no exista “jurisdicción del Centro” debido a la limitación *temporal* de la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 y de que, por lo tanto, el presente Tribunal Arbitral CIADI carezca de competencia para decidir el caso es una conclusión a la que he llegado sin perjuicio evidentemente de los eventuales efectos jurídicos que pueda tener la aceptación por parte de *Transban* de la oferta general de arbitraje de Venezuela del APPRI el 24 o el 25 de julio de 2012 con respecto a mecanismos de arbitraje que no sean los del CIADI. Como ha declarado el Instituto de Derecho Internacional en el Artículo 3 de su Resolución sobre “Aspectos jurídicos del recurso al arbitraje por parte de un inversionista contra las autoridades del Estado receptor en virtud de Tratados entre Estados”:

“Los requisitos y características de los mecanismos de arbitraje en materia de inversiones elegidos por las partes deberán ser respetados y sus efectos reconocidos. Esto es aplicable, *inter alia*, a la existencia del consentimiento de las partes (Estados receptores e inversionistas) y a la existencia de una inversión de conformidad con los instrumentos internacionales aplicables, teniendo en cuenta, en particular, las características de los diferentes mecanismos de arbitraje CIADI como no CIADI”. [Traducción propia]. (*Annuaire de l’Institut de Droit International*, Sesión de Tokio (2013), Tomo 75, en páginas 425 (francés) y 429/430 (inglés)).

*

35. En mi opinión, en las circunstancias del presente caso CIADI, para que el Tribunal de Arbitraje se pronuncie sobre la primera excepción *ratione temporis* de Venezuela, el primer paso que debe darse es determinar el sentido y alcance de la cláusula de salvaguardia establecida en el Artículo 72 del Convenio CIADI mediante la aplicación de las reglas de interpretación de tratados codificadas en los Artículos 31 a 33 de la CVDT. Sólo cuando se haya dado ese paso es posible establecer si el hecho jurídico de la aceptación por parte de *Transban* el 24 o 25 de julio de 2012 de la oferta general de

arbitraje de Venezuela contenida en el Artículo 8 (4) del APPRI Barbados-Venezuela ha establecido o no a partir de esa fecha un acuerdo de arbitraje vinculante entre las Partes de la presente diferencia relativa a inversiones y si dicho acuerdo entra dentro del ámbito de la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 del Convenio CIADI.

36. Para cumplir con el primer paso sugerido *supra*, la aplicación de la “Regla general de interpretación” del Artículo 31 de la CVDT es suficiente para establecer sin dificultades el sentido y alcance de la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 del Convenio CIADI. No habiéndose establecido que los Estados Contratantes del Convenio CIADI hayan asignado un “sentido especial” a algunos de los términos del Artículo 72, el objeto del proceso interpretativo del Artículo consiste en determinar de buena fe el “sentido corriente” de sus términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta el objeto y fin del Convenio CIADI tal como se enuncia en su Preámbulo. Al hacerlo, el intérprete ha de tener en cuenta que para los fines de la interpretación el “contexto” abarca, siguiendo el Artículo 31 de la CVDT, además del propio texto del Artículo 72, el Convenio CIADI en su conjunto, y en particular los dos últimos párrafos del Preámbulo, los Artículos 25 y 26 sobre la jurisdicción del Centro, el Artículo 66 (2) sobre la enmienda del Convenio, los Artículos 70, 71 y 75 (d) de las Disposiciones Finales y el instrumento intitulado “Informe de los Directores Ejecutivos” al que se adjuntó el texto del Convenio CIADI.

37. En lo que se refiere a los tres elementos interpretativos extrínsecos, tanto al “texto” como al “contexto”, que según el párrafo 3 del Artículo 31 de la CVDT el intérprete ha de tener también en cuenta conjuntamente con el contexto, sólo el apartado (c) podría ser eventualmente relevante en las circunstancias del presente caso, a saber, “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” del Convenio CIADI (los “Estados Contratantes” en la terminología del Convenio). El hecho de tener en cuenta este elemento de la “Regla general de interpretación” en el proceso interpretativo del Artículo 72 del Convenio CIADI puede a su vez plantear cuestiones de “derecho intertemporal” cuya resolución se encuentra controlada dentro de la “Regla general” considerada por el principio de de la interpretación de buena fe (véase, párrafo (16) del comentario de la CDI al artículo 27 de su Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados).

38. Sin embargo, estas cuestiones “intertemporales” de derecho internacional no se plantean en el presente caso ya que, según está generalmente admitido, su relevancia en el proceso de interpretación de un tratado determinado depende de las intenciones de las partes en el tratado involucrado y no existen pruebas que indiquen que los Estados Contratantes del Convenio CIADI hayan tenido la intención dar un sentido evolutivo a ninguno de los términos utilizados en el Artículo 72 ya sea en el momento de la adopción del Convenio en 1965 o con posterioridad a esa fecha. Además, el principio básico consensual que rige el arbitraje internacional no ha evolucionado ni ha sido modificado desde 1965. De ello se deduce que, para este árbitro, la interpretación de los términos del Artículo 72 debe apreciarse a la luz del derecho contemporáneo a la adopción del Convenio CIADI.

*

39. Tras haber aplicado las disposiciones en el Artículo 31 de la CVDT teniendo en cuenta que la regla general de interpretación de los tratados enunciada en el mismo es

“una regla única con partes íntimamente ligadas entre sí” tal como lo explicó en su día la CDI (párrafo (8) de la Introducción al Comentario de los Artículos 27 y 28 de su Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados), he llegado a las tres siguientes conclusiones generales principales respecto de la norma del Artículo 72 del Convenio CIADI:

(a) Tal como lo establecen las palabras iniciales del Artículo 72, una notificación de denuncia presentada al amparo del *Artículo 71 no afecta* los derechos u obligaciones conforme al Convenio CIADI nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro que puedan existir entre las partes en una determinada diferencia real o futura relativa a inversiones (entre un Estado receptor y un inversionista particular protegido) y, en consecuencia, dichos derechos u obligaciones no se alteran ni modifican *en virtud de la cláusula de salvaguardia* cuando la notificación de la denuncia surta efecto en las relaciones entre los Estados Contratantes del Convenio CIADI (*autonomía* funcional de la cláusula de salvaguardia);

(b) Los *derechos u obligaciones conforme al Convenio CIADI* preservados por la cláusula de salvaguardia son aquellos nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por ambas partes en la diferencia relativa a inversiones correspondiente, ya que es sólo por su consentimiento mutuo que el “acuerdo obligatorio” resultante puede crear derechos u obligaciones para dichas partes, conforme al Convenio CIADI, que abran el acceso de las mismas a los procedimientos de conciliación y arbitraje establecidos por el Convenio (alcance *ratione materiae* de la cláusula de salvaguardia);

(c) Los *derechos u obligaciones conforme al Convenio CIADI* a los que se hace referencia *supra* se encuentran completamente preservados por la cláusula de salvaguardia, pero sólo cuando el consentimiento mutuo de las partes en la diferencia relativa a inversiones aceptando la jurisdicción del Centro haya sido dado *con anterioridad al* recibo de la notificación de denuncia del Estado Contratante por el depositario del Convenio y, en consecuencia, el Artículo 72 deja fuera de la jurisdicción del Centro los acuerdos de conciliación o arbitraje entre las partes en la diferencia perfeccionados o celebrados entre ellas durante el período que se extiende desde la fecha de recibo de la notificación por el depositario y la fecha en la cual la denuncia produce efecto en las relaciones entre los Estados Contratantes (alcance *ratione temporis* de la cláusula de salvaguardia)

40. Es sobre la base de las conclusiones esgrimidas *supra* que admito la excepción preliminar *ratione temporis* de la Demandada ya que la aceptación por parte de *Transban* el 24 o 25 de julio de 2012 de la oferta general de arbitraje de Venezuela contenida en el Artículo 8 (4) del APPRI Barbados-Venezuela no se encuentra dentro del ámbito temporal de aplicación de la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 y, en consecuencia, dicha aceptación, como tal, no puede establecer un vínculo jurisdiccional vinculante en lo que se refiere a la resolución de la presente diferencia relativa a inversiones mediante el recurso al arbitraje del CIADI. Esta conclusión se encuentra además absolutamente confirmada por los *travaux préparatoires* del Artículo 72 del Convenio CIADI.

41. En efecto, durante la elaboración del Convenio CIADI quedó claro que deberían preservarse los derechos y obligaciones nacidos de *consentimientos existentes* al arbitraje del CIADI entre las partes en una diferencia relativa a inversiones de

conformidad con la cláusula de salvaguardia del Artículo 72, pero no se fue más allá o se procedió de algún otro modo. En los tres proyectos (proyecto preliminar, primero y corregido) del presente Artículo 72, la cláusula de salvaguardia sólo preservaba los compromisos o consentimientos a la jurisdicción del Centro “dados con anterioridad a la notificación de la denuncia” o “con anterioridad a la fecha de dicha notificación”. Las afirmaciones que hiciera *Broches* durante la consideración del Artículo 72 (en ese momento Artículo 73) no pueden ser más claras y se corresponden punto por punto con el sentido y el alcance del Artículo 72 que resulta de mi interpretación de la cláusula de salvaguardia hecha de conformidad con el Artículo 31 de la CVDT.

42. Después de comenzar explicando que el Artículo 72 (en ese momento Artículo 73) pretendía tratar de los efectos de las notificaciones de denuncia del Convenio (Artículo 71) o de exclusión de un territorio del ámbito de aplicación del Convenio (Artículo 70) respecto de los *consentimientos* a la conciliación o al arbitraje *conforme al Convenio que ya se hubieren dado* (énfasis agregado), *Broches* afirmó, *inter alia*, lo siguiente:

“... la intención del Artículo 73(72) en el texto presentado a los Directores era dejar en claro que si un Estado había dado su consentimiento al arbitraje, por ejemplo mediante la suscripción de una cláusula de arbitraje con un inversionista, la ulterior denuncia del Convenio por parte de ese Estado no lo eximiría de su obligación de someterse a arbitraje en el supuesto de que surgiera una controversia”. [Traducción propia]. (*Documents Concerning the Origin and the formulation of the Convention*, Tomo II, Parte 2, página. 1009);

“... si el acuerdo con la sociedad incluyera una cláusula de arbitraje y ese acuerdo tuviera una duración de, digamos, 20 años, ese Estado aún estaría obligado a someter al Centro sus controversias con esa sociedad en virtud de ese acuerdo”. [Traducción propia]. (*Ibid.*, pág. 1010);

“(El Sr. Gutiérrez Cano planteó la cuestión de los casos en los que no hubo un acuerdo entre el Estado y el inversionista sino sólo una declaración general por parte del Estado en favor del sometimiento de reclamaciones al Centro y un ulterior retiro del Convenio por parte de ese Estado antes de que dicha reclamación fuese efectivamente sometida al Centro. En ese supuesto, ¿el Convenio aún obligaría al Estado a aceptar la jurisdicción del Centro?)”. [Traducción propia]. Respuesta de *Broches* a la cuestión:

“... una declaración general de la clase mencionada por el Sr. Gutiérrez Cano no sería vinculante para el Estado que la hubiera hecho hasta tanto hubiese sido aceptada por el inversionista. Si el Estado retira su declaración unilateral mediante la denuncia del Convenio antes de que fuese aceptada por cualquier inversionista, posteriormente, ningún inversionista podría incoar una reclamación ante el Centro. Sin embargo, en el supuesto de que la oferta unilateral del Estado haya sido aceptada con anterioridad a la denuncia del Convenio, entonces las controversias que surgieran entre el Estado y el inversionista con posterioridad a la fecha de denuncia se encontrarán aún dentro de la jurisdicción del Centro”. [Traducción propia]. (*Ibid.*)

“... la disposición objeto de debate no había sido cuestionada en ninguna de las asambleas regionales ni en el Comité Legal. Se trató de una disposición básica esencial. El Convenio establece el principio de que los acuerdos al arbitraje no pueden ser

quebrantados por una de las partes. La disposición objeto de debate sólo sacó las conclusiones necesarias en el caso de denuncia del Convenio: el Estado denunciante no podría incurrir en nuevas obligaciones, pero las obligaciones existentes se mantendrían en vigor”. [Traducción propia]. (*Ibid.*, pág. 1011).

(Tras esta última afirmación de *Broches* el consenso fue mantener el Artículo 72 del Convenio sin cambios).

43. De lo que antecede se deduce que el resultado de una interpretación del Artículo 72 del Convenio CIADI de conformidad con el Artículo 31 de la CVDT y los *travaux préparatoires* del Convenio se encuentran esencialmente en armonía, confirmando estos últimos el sentido y alcance del mencionado resultado. Esto significa indudablemente que en el presente caso para que la Demandada sea considerada un Estado que ha “dado su consentimiento” a someter la presente diferencia relativa a inversiones al arbitraje del CIADI, la “oferta general de arbitraje” formulada por Venezuela en el APPRI debería haber sido debidamente aceptada por *Transban* con anterioridad a que la notificación de denuncia de Venezuela fuera recibida por el depositario. Sin embargo, el consentimiento de la Demandante se manifestó demasiado tarde para un arbitraje del CIADI puesto que el 24 o 25 de julio de 2012 hacía ya mucho tiempo que la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 del Convenio había dejado de estar operativa, a saber desde el 24 de enero de 2012 en adelante.

44. En su destacado comentario sobre el Artículo 72 del Convenio CIADI, *Schreuer*, emulando a *Broches*, describe con una precisión todavía mayor los efectos de la denuncia del Convenio CIADI respecto de las ofertas generales permanentes que los Estados receptores formulan en su legislación o en un tratado como sigue:

“El consentimiento a la jurisdicción se perfecciona sólo después de su aceptación por ambas partes. Una oferta de consentimiento unilateral por parte de un Estado receptor mediante legislación o un tratado con anterioridad a una notificación hecha en virtud del... Art. 71 no sería suficiente a los fines del Art. 72. No prosperaría el intento de un inversionista de aceptar una oferta de consentimiento permanente del Estado receptor que pudiera existir en virtud de legislación o de un tratado con posterioridad al recibo de la notificación de denuncia hecha en virtud del... Art. 71. En aras de ser preservado por el Art. 72, el consentimiento debería perfeccionarse con anterioridad al recibo de la notificación de... denuncia. *Para beneficiarse de la validez continuada con arreglo al Art. 72 el consentimiento debe haberse prestado con anterioridad a la denuncia del Convenio... En virtud de la redacción explícita del Art. 72, la fecha pertinente es la fecha del recibo de la notificación por parte del depositario. Por lo tanto, la disposición contenida en el Art. 71 según la cual la denuncia del Convenio por un Estado parte produce efecto sólo seis meses después de la notificación no brinda la oportunidad de perfeccionar el consentimiento durante este período*”. [Traducción propia] (*Schreuer, The ICSID Convention. A Commentary*, Segunda edición, 6.º impresión, 2014), págs. 1280/1281) (*énfasis agregado*).

*

45. Comparto las conclusiones de *Schreuer*. Se corresponden en general con mis propias conclusiones sobre el sentido y alcance de la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 del Convenio CIADI interpretada de conformidad con las reglas codificadas

sobre la interpretación de los tratados de la CVDT. Cabe recordar asimismo que durante la elaboración del Convenio se frustraron los intentos de acotar aún más el alcance de la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 y que en ningún momento se efectuó modificación alguna para subordinar el funcionamiento de esa cláusula de salvaguardia o condicionarla en alguno de sus aspectos al período de seis meses del Artículo 71 que, como ya se ha dicho, se refiere a la cuestión diferente de los efectos de las notificaciones de denuncias (o de aplicaciones territoriales) en las relaciones entre los Estados Contratantes del Convenio CIADI (no así en las relaciones entre un Estado Contratante receptor y un inversionista particular protegido).

46. Parecería que el Laudo tratase de apoyar de algún modo la extrapolación del período de seis meses del Artículo 71 del Convenio CIADI en su lectura del Artículo 72 en el hecho de que durante ese período el Convenio se encontraba aún en vigor para el Estado Contratante denunciante, en el presente caso, para la República Bolivariana de Venezuela. De ser así, el argumento no se justifica ya que, primero, la fecha crítica para la aplicación del Artículo 72 es el 24 de enero de 2012 y, segundo, el Convenio CIADI no establece límites terminales a la continuidad de los derechos u obligaciones conforme al Convenio preservados de los efectos de la denuncia por la cláusula de salvaguardia de su Artículo 72.

47. El consentimiento a la jurisdicción del Centro se mantiene o se encuentra preservado por la cláusula de salvaguardia cuando ha sido dado por ambas partes en la diferencia relativa a inversiones antes de que la notificación de denuncia sea recibida por el depositario. Y esto es absolutamente independiente del hecho de que el Convenio CIADI se mantenga en vigor en las relaciones entre los Estados Contratantes hasta la fecha de vencimiento del período de seis meses del artículo 71. Por otra parte, los consentimientos mutuos a la jurisdicción del Centro efectivamente preservados por la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 se mantienen naturalmente operativos más allá de la fecha de vencimiento de dicho período de seis meses. *Transban* admite sin duda esta conclusión puesto que según su propio alegato presentó su Solicitud de Arbitraje el 24 de julio de 2012 a sabiendas de que el Convenio CIADI ya no producía efectos en las relaciones entre la República Bolivariana de Venezuela y Barbados como Estados Contratantes al día siguiente, es decir, el 25 de julio de 2012. Sucede por lo tanto que en el presente caso todo el desarrollo del procedimiento tiene lugar después de que Venezuela haya dejado de ser un Estado Contratante. *Transban* tampoco ha impugnado el carácter unitario del régimen establecido por el Artículo 72, es decir, que dicho régimen es aplicable a todas las formas o mecanismos mediante los cuales queda perfeccionado el consentimiento de las partes de la controversia a la jurisdicción del Centro (contrato, legislación, APPRI, o cualquier otra forma escrita). Sin embargo, *Transban* niega el *effect utile* del Artículo 72 del Convenio CIADI.

*

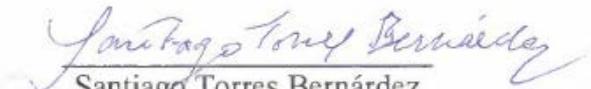
48. Por último, otra consideración que explica por qué, a mi pesar, no puedo apoyar el Laudo, es precisamente que su conclusión, emulando a *Transban*, niega también el *effect utile* del Artículo 72 del Convenio CIADI, principio calificado por la CIJ como uno de los “principios fundamentales de interpretación de los tratados, constantemente admitido en la jurisprudencia internacional”. [Traducción propia]. (*Controversia territorial (Libia/Chad)*, Fallo, I.C.J. Reports 1994,, página 25, párrafo 51). En efecto, el Laudo despoja a la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 del significado o efecto

que se le ha querido atribuir dentro del sistema establecido por el Convenio CIADI y sin el acompañamiento de una explicación satisfactoria, porque en el caso que nos ocupa, una conclusión que tome debida cuenta del principio de *effect utile* no sería de ningún modo contraria a la letra y al espíritu de dicha cláusula de salvaguardia (véanse, *I.C.J. Reports 1950*, página_229).

49. Tal como explicó la CDI en su comentario al Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados, el principio del *effect utile* (regla de la efectividad; máxima *ut res magis valeat quam pereat*) se encuentra incorporado en la regla general de interpretación del Artículo 31 de la CVDT bajo el control de la “buena fe” y del “objeto y fin del tratado” (Comentario a los Artículos 27 y 28, Introducción, párrafo (6)). Además, cabe recordar asimismo que una interpretación cuyo resultado volviera fútil o convirtiera en una inanidad los términos claros del Artículo 72 del Convenio CIADI, como de cualquier otro Artículo del Convenio, podría considerarse un “resultado absurdo” y, en consecuencia, en caso de dudas el interprete está autorizado a recurrir a los medios de interpretación complementarios del Artículo 32 de la CVDT, incluidos los *travaux préparatoires* publicados, para determinar el sentido y alcance de la cláusula de salvaguardia del Artículo 72 cuya operatividad, tal como se explica en esta Opinión, no se encuentra sujeta en sentido alguno al Artículo 71 del Convenio. Las palabras iniciales del Artículo 72 no pueden ser más claras: “Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán” a los derechos u obligaciones conforme al Convenio CIADI preservados por la cláusula de salvaguardia del Artículo 72.

*

50. En síntesis, a la luz de las consideraciones esgrimidas a lo largo de esta opinión, admito la excepción preliminar *ratione temporis* de la Demandada. Por consiguiente, para mí no hay lugar a lo solicitado por la Demandante tanto por razones *ratione personae* como por razones *ratione temporis*.


Santiago Torres Bernárdez
Fecha: Octubre 26, 2017

ANEXO B

Transban Investments Corp.

c.

República Bolivariana de Venezuela

Caso CIADI No. ARB/12/24

Opinión Disidente y Concurrente del

Profesor David D Caron

I. Introducción

1. Coincido en gran parte con las conclusiones del Tribunal. Estoy de acuerdo con el razonamiento y las conclusiones del Tribunal en lo que respecta al efecto de la denuncia del Convenio CIADI por parte de Venezuela sobre la jurisdicción en este procedimiento¹. De manera similar, concuerdo con el razonamiento y las conclusiones del Tribunal en lo que respecta a la oportunidad del consentimiento de la Demandante a la jurisdicción².
2. Sin embargo, disiento respetuosamente de la decisión del Tribunal de que el Tribunal carece de jurisdicción sobre esta reclamación debido a que Transban Investments Corporation (“Transban” o “la Demandante”) no es un inversionista protegido en el sentido del Artículo 1(d) del Acuerdo de 1994 entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Barbados para la Promoción y Protección de Inversiones (el “TBI”). En particular, disiento de la decisión del Tribunal de que la expedición de un Certificado de Continuidad a Transban por parte de un Registrador de Sociedades de Barbados en el año 2001 no “constituyó” Transban Investments Corporation, una reconocida sociedad continuada barbadense en virtud de la legislación de Barbados.

II. Entendimiento del concepto migración societaria

3. Críticamente, los motivos que justifican la decisión de la Mayoría de que la Demandante no es un inversionista protegido se basa únicamente en el hecho de que a Transban se le dio “continuidad” en Barbados en lugar de haberse “constituido”. Si Transban hubiese adquirido su situación jurídica mediante su “constitución” en lugar de su “continuidad” en Barbados, Transban se ajustaría a la definición de inversionista protegido en virtud del TBI³. Tal como indicara el Tribunal, la Demandada plantea otras excepciones a la

¹ Párrafos 73 a 85 del Laudo del Tribunal.

² Párrafos 86 a 93 del Laudo del Tribunal.

³ El Profesor Schreuer, al analizar la práctica de los tribunales del CIADI, observa que:

condición de la Demandante como inversionista protegido en virtud del TBI⁴. Sin embargo, dado que la decisión de la Mayoría se basa en la condición de Transaban como “Sociedad continuada” conforme a la legislación de Barbados, la Mayoría no expresa postura alguna respecto de estas otras excepciones⁵.

4. Dado que la “continuidad” constituye la base de la decisión de la Mayoría, es pertinente introducir la práctica de continuidad. “Continuidad” es el término utilizado por Barbados para lo que se conoce generalmente en la legislación de Barbados como “movilidad corporativa”, y aún más generalmente conocida como “migración societaria” [Traducción del árbitro]. La migración societaria es un proceso utilizado por algunos Estados mediante el cual una sociedad de un Estado puede migrar a otro Estado. La alternativa a esta migración es que la sociedad en el Estado de origen se disuelva y, al hacerlo, transfiera la totalidad de sus activos a una sociedad recién establecida en el Estado receptor. La motivación fundamental para la práctica de migración societaria es evitar algunos costos innecesarios de cierre, transferencia y restablecimiento de lo que es, en muchos aspectos, una sociedad muy similar. Dado que el derecho societario puede ser muy diferente de un Estado a otro, la migración puede tener efectos periféricos en la sociedad. Si se piensa en el derecho societario de dos Estados como dos botellas de formas ligeramente diferentes, la migración societaria es el proceso de verter una empresa comercial de una botella a otra. El contenido de la empresa sigue siendo esencialmente el mismo, aunque su forma precisa pueda ser diferente. Aunque existe literatura relevante sobre la práctica de migración societaria, casi no se incorporó material como parte del expediente en el presente procedimiento, tal vez un reflejo del supuesto carácter básico de la migración societaria.

“Un análisis de la práctica indica que los tribunales han aplicado las definiciones de nacionalidad societaria contenidas en los TBI. Si se cumplieron los requisitos de nacionalidad societaria conforme al TBI respectivo, los tribunales por lo general se negaron a cuestionarla”. [Traducción del árbitro]

C. Schreuer, *Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interests*, 24 ICSID FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 521, 525 (2009) (Anexo CL-0119). Como ejemplo, Schreuer hace referencia a *Tokio Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción (29 de abril de 2004), donde la Demandante se encontraba constituida en Lituania, pero controlada por nacionales ucranianos. La mayoría sostuvo que la constitución de la Demandante en Lituania se ajustaba a la definición de inversionista protegido del TBI.

⁴ Véanse párrafos 114-120 y párrafos 121-127.

⁵ Observo en aras de la exhaustividad, que rechazaría las demás excepciones de la Demandada. Las otras dos excepciones de la Demandada pretenden refutar la conclusión hipotética de que ajustarse a la definición de sociedad en el TBI sería suficiente para establecer el carácter de inversionista protegido de la Demandante. Ambas excepciones de la Demandada lo hacen al alegar una forma de abuso procesal por parte de la Demandante.

La segunda excepción alega que existe un abuso del proceso porque en realidad la Demandante continuó operando como sociedad venezolana a su conveniencia. Aparte de las cuestiones probatorias presentes, los aspectos fundamentales son los siguientes: (1) aunque se cuestiona el alcance de sus actividades, el expediente indica que Transban Investments Corporation realizó inversiones y desarrolló su actividad comercial no sólo en Venezuela, sino en otros lugares del mundo y, más importante, (2) no cabe duda de que las inversiones en cuestión en el procedimiento son de titularidad de Transban Investments Corporation, la sociedad continuada barbadense. La Demandada no impugna la titularidad de la Demandante de la inversión misma. Si la propia Demandante no hubiese adquirido la inversión, sino que la inversión hubiese sido adquirida por Inversiones Transbanca, C.A. (el vehículo societario venezolano anterior al año 2001), entonces no existiría una inversión protegida. Sin embargo, tal como se estableciera, no se ofrece prueba alguna ni se plantea excepción alguna en este sentido.

La tercera excepción alega que la migración de la sociedad a Barbados constituye un abuso del proceso en tanto se trata de un esfuerzo para fabricar la jurisdicción y, por consiguiente, se trata de un abuso del mecanismo del CIADI. No obstante, la migración societaria tuvo lugar en el año 2001, mucho antes de los eventos acaecidos en el período comprendido entre los años 2007-2009 que dieron origen al presente procedimiento. No se controvierte que la situación jurídica de Transban en virtud de la legislación de Barbados se adquirió mucho tiempo antes de que surgieran las reclamaciones en el presente procedimiento.

El elemento principal incluido en el expediente es la parte relevante sobre el estudio del derecho societario en Canadá del Profesor Bruce Welling ⁶. En lo que se refiere a la motivación para la migración societaria, Welling escribe: “Convertirse en un inmigrante societario puede considerarse una forma más breve y simplificada de disolución de la sociedad en su jurisdicción de origen y su reincorporación en una nueva jurisdicción”⁷. [Traducción del árbitro]

5. A la vez, es importante hacer hincapié en lo que la “continuidad” no es. Tal como observa Welling, “la continuidad... no debe confundirse con el simple desarrollo de la actividad comercial en una jurisdicción distinta de aquella que creó la sociedad... La continuidad implica la fase de abandonar la jurisdicción de constitución y buscar una nueva sede permanente...”⁸ [Traducción del árbitro]. No existe controversia en el presente procedimiento de que la “continuidad” en virtud de la legislación barbadense constituye un ejemplo de migración societaria.

III. Lo que Sostiene la Mayoría y la Razón por la que Disiento

6. Para ser un inversionista protegido en virtud del TBI, Transban debe ajustarse a la definición de “sociedades” contenida en el Artículo 1(d) del TBI:

[E]l término “sociedades” significa con respecto a cada Parte Contratante, las corporaciones, consorcios y asociaciones organizadas o constituidas de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente de la respectiva Parte Contratante.

El Tribunal concluye en el párrafo 175 que Transban no cumple con las condiciones establecidas en la definición en tanto no ha sido organizada ni constituida de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados.

7. El Tribunal reconoce, como es su obligación, en el párrafo 132 que:

No se controvierte que Transban sea una sociedad, la Demandada no ha sostenido que Transban no esté organizada como sociedad. Lo que la Demandada alega es que Transban, a pesar de ser una sociedad, no se encuentra “organizada o constituida de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente de [Barbados]”.

El Tribunal reconoce también, como es su obligación, que no se discute que Transban posea personalidad jurídica en virtud del ordenamiento jurídico de Barbados. El Tribunal escribe en el párrafo 141:

[E]l 17 de agosto de 2001, Transban recibió un Certificado de Continuidad expedido por el Registrador de Sociedades barbadense, que certifica que Transban “continuó existiendo, como se establece en los Artículos de Continuación adjuntos, bajo la sección 356.2.(1) de la Ley de Sociedades de Barbados”.

⁶ B. Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles* (Butterworth, 2^{da} edición, 1991) (Anexo CL-0120).

⁷ Welling en 246.

⁸ Welling en 245.

En otras palabras, Transban es una sociedad y posee personalidad jurídica de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados. Nuevamente, cabe resaltar que el quid de la decisión de la Mayoría es que Transban es una sociedad barbadense por continuidad en lugar de por constitución.

8. El razonamiento del Tribunal identifica en el párrafo 164 que la “pregunta clave” es determinar “si Transban es “una sociedad organizada o constituida de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente” en Barbados, ya que solo entonces podrá cumplir con los requisitos de la definición de sociedades en el Artículo 1(d) del TBI”. De manera pertinente, el Tribunal divide esta pregunta en dos partes: (1) si Transban fue *organizada* de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados y (2) si Transban fue *constituida* de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados.
9. Respecto de la pregunta de si se encuentra “organizada” de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados, el Tribunal centra su análisis en ese ordenamiento jurídico. Dado que el TBI define el término sociedades con referencia al ordenamiento jurídico de Barbados, el Tribunal procura adecuadamente determinar el significado de “organizada” por referencia a ese ordenamiento jurídico. El Tribunal señala en el párrafo 168 que:

[L]a Ley de Sociedades de Barbados, cuando define el término “sociedad”, traza una distinción entre constitución y continuidad. Define a una “sociedad” como “una persona jurídica que se constituye o tiene continuidad bajo esta Ley”. Según la opinión del Tribunal, una sociedad no podría, en virtud de la Ley de Sociedades de Barbados, tener continuidad y a la vez constituirse.

Además, el Artículo 356.2 de la Ley de Sociedades de Barbados dispone que “[e]n la fecha indicada en el Certificado de Continuidad (a) la persona jurídica se convierte en una sociedad a la que esta Ley [es decir, la Ley de Sociedades] se aplica *como si* la sociedad *hubiese sido constituida* conforme la presente Ley” (énfasis agregado). En otras palabras, aunque una sociedad continuada se considerará equivalente a una sociedad constituida, no se trata simultáneamente de una sociedad “constituida”. Estoy de acuerdo con el razonamiento de la Mayoría sobre este tema.

10. En lo que respecta a la pregunta de si Transban fue “constituida” de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados, el Tribunal en los párrafos 173-174 alega que no pudo haber sido “constituida” ya que “queda claro que no se formó ni se estableció en Barbados, ya había existido durante más de cuatro años en calidad de sociedad venezolana cuando decidió trasladarse a Barbados”.
11. Es con respecto a este razonamiento y a la conclusión en lo que se refiere a “constituida” de lo que disiento firmemente. El razonamiento vislumbra de manera equivocada el acto jurídico de continuidad y ambas, la legislación y las realidades de la existencia societaria.
12. El Tribunal, remitiéndose al sentido corriente del término “constituye” concluye que el término significa establecer o formar. Estoy de acuerdo con que el TBI apunta a la adopción de un significado autónomo compartido para el término “constituye”. Aunque el término “organizar” tendrá un análogo en todos los sistemas jurídicos y, por consiguiente, debiera hacerse referencia al análogo mismo, el término “constituye” es un término más general que permite otras maneras mediante las cuales los sistemas jurídicos “establecen” o “forman” sociedades.

13. Sin embargo, el Tribunal no reconoce que el otorgamiento de un Certificado de Continuidad “estableció” o “formó” Transban Investments Corporation, una persona jurídica que no existía previamente. Que la sociedad venezolana antecesora, Inversiones Transbanca, C.A., hubiera existido durante cuatro años como persona jurídica dentro del sistema jurídico venezolano carece de relevancia. Considérese, por ejemplo, si la sociedad venezolana antecesora se hubiese disuelto y hubiese transferido la totalidad de sus activos a una sociedad recientemente constituida en Barbados. No cambiaría las cosas que esencialmente la misma empresa comercial existiera previamente durante cuatro años como una persona jurídica diferente en el sistema jurídico venezolano. Aunque las sociedades comerciales fueran muy similares, el acto jurídico de constitución habría creado una nueva entidad en virtud del sistema jurídico de Barbados. De manera similar, con anterioridad a la expedición del Certificado de Continuidad, no existía una sociedad a la que se le dio continuidad en Barbados bajo la denominación de Transban Investments Corporation. Transban Investments Corporation se formó, se estableció y se constituyó mediante la expedición del Certificado de Continuidad.
14. Las realidades de la migración societaria resaltan que la formación y el establecimiento de Transban Investments Corporation constituyó un acto jurídico particularmente significativo. Los bienes, deudas, derechos y obligaciones de Transban Investments Corporation son de titularidad de Transban Investments Corporation o tienen relación con ella, y no con su entidad jurídica venezolana anterior al año 2001, Inversiones Transbanca, C.A. Recordando el simbolismo en el párrafo 4, si se piensa que los derechos societarios de Venezuela y Barbados prevén dos botellas de formas ligeramente diferentes, la migración societaria se trata del proceso de verter una empresa comercial de una botella venezolana denominada Inversiones Transbanca, C.A. a una botella barbadense denominada Transban Investments Corporation. En particular, el término “constituye” se relaciona con la botella y no con el contenido que migró. Por consiguiente, en este ejemplo, el derecho barbadense estableció, formó y constituyó una botella que no había existido previamente, una botella que en la actualidad tendrá derechos y obligaciones en forma exclusiva, una botella denominada Transban Investments Corporation. Por estos motivos, no puedo compartir la opinión de la Mayoría.

IV. La Distinción entre el Presente Procedimiento y los Actos Oficiales y la Política de Barbados

15. En la sección más extensa de su razonamiento (párrafos 148 a 161) en cuanto a si Transban es un inversionista protegido por el TBI, el Tribunal aborda un argumento de la Demandada respecto de si Transban de algún modo tenía derecho al Certificado de Continuidad del año 2001 expedido por el Registrador de Sociedades barbadense. Al abordar este argumento, el Tribunal analiza no la aplicación específica de la legislación de Venezuela a Transban, sino la aplicación de esta legislación en general a las sociedades venezolanas que procuran obtener la continuidad. Sin embargo, se debe hacer hincapié en que esta extensa sección de argumentación no constituye un fundamento para la decisión de la Mayoría de que Transban no es un inversionista protegido por el TBI. Ofrezco estos comentarios al efecto de mitigar cualquier duda que esta línea pendular de razonamiento pueda crear para otras sociedades que obtuvieron su continuidad dentro de Barbados, así como el proceso de migración societaria de Barbados en general.
16. Una condición en el Artículo 356.1. (1) para una sociedad que solicite un Certificado de Continuidad es que esté “autorizada en virtud de la legislación de esa otra jurisdicción [es

decir, no barbadense]”, en la cual la sociedad solicitante se encuentra constituida. Las Partes disienten respecto de si la legislación de Venezuela “autoriza” a las sociedades constituidas en Venezuela a que soliciten la continuidad en otras jurisdicciones. El Tribunal acepta que Venezuela no prohíbe la migración societaria, aunque concluye en el párrafo 161 que el término autorizar “significa algo más que simplemente una ausencia de prohibición expresa de movilidad corporativa en la legislación de la jurisdicción de constitución original de una sociedad”.

17. Coincido con la Mayoría en que, con base en las pruebas y el argumento que le fueran presentados al Tribunal (limitaciones reconocidas también por el propio Tribunal), y colocándome en la posición del Registrador de Sociedades barbadense, interpretaría que el término “autorizar” en el Artículo 356.1 significa algo más que simplemente una ausencia de prohibición expresa de movilidad corporativa en la legislación de la jurisdicción de origen. Sin embargo, esta conclusión por parte del Tribunal no ofrece en sí misma una conclusión que influya en el caso ante él. De manera acertada, el Tribunal no utiliza su razonamiento como fundamento para su decisión en tanto este razonamiento no modifica ni aborda el hecho de que el Registrador expidiera un Certificado de Continuidad a Transban en año 2001. La jurisprudencia del CIADI considera de manera consistente el otorgamiento de nacionalidad por parte de un Estado como prueba conjetural de la nacionalidad de un particular. La expedición de un certificado de continuidad no debería ser diferente. Al igual que con la prueba de nacionalidad de los particulares, podría superarse esta presunción. Pero no existe evidencia, o, en efecto, argumento alguno, en el presente procedimiento de que Transban engañara en modo alguno al Registrador de Sociedades barbadense. En consecuencia, el razonamiento del Laudo no se trata de un cuestionamiento a la aplicación específica de la legislación de Barbados a Transban, sino un cuestionamiento al criterio de Barbados para aplicar de manera general su legislación en materia de movilidad corporativa. Asimismo, no solo sería aplicable a todas las demás sociedades venezolanas que, habiendo obtenido Certificados de Continuidad, migraron a Barbados, sino que sería también aplicable a los migrantes societarios de todos los países en los que no exista una prohibición, aunque tampoco una autorización a la movilidad corporativa.
18. Por este motivo, la inclusión que hiciera el Tribunal de la frase “con base en las pruebas y el argumento que le fueran presentados” constituye una limitación importante y un reconocimiento por parte del Tribunal de que su razonamiento no debería considerarse como un cuestionamiento al criterio de Barbados para aplicar de manera general su legislación. En mi opinión, la respuesta más conveniente al argumento de la Demandada habría sido establecer que el Certificado de Continuidad del año 2001 establece presuntamente la continuidad societaria de Transban en virtud de la legislación de Barbados y que la Demandada no establece un fundamento conforme al cual podría refutarse esa presunción.

V. Conclusión

19. Disiento respetuosamente de la decisión de la Mayoría de que la Demandante, reconocida con carácter de sociedad continuada en virtud de la legislación de Barbados, no fue “constituida” de acuerdo con el ordenamiento jurídico de Barbados y, por consiguiente, no es un inversionista protegido dentro del sentido del TBI.



Profesor David D Caron

Árbitro

Fecha: Noviembre 6, 2017