

**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 procedimiento<sup>1</sup>. 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 jurisdicción<sup>2</sup>.
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 TBI<sup>3</sup>. Tal como indicara el Tribunal, la Demandada plantea otras excepciones a la

---

<sup>1</sup> Párrafos 73 a 85 del Laudo del Tribunal.

<sup>2</sup> Párrafos 86 a 93 del Laudo del Tribunal.

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

condición de la Demandante como inversionista protegido en virtud del TBI<sup>4</sup>. Sin embargo, dado que la decisión de la Mayoría se basa en la condición de Transban como “Sociedad continuada” conforme a la legislación de Barbados, la Mayoría no expresa postura alguna respecto de estas otras excepciones<sup>5</sup>.

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 Tokelos 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.

<sup>4</sup> Véanse párrafos 114-120 y párrafos 121-127.

<sup>5</sup> 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 periodo 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 <sup>6</sup>. 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”<sup>7</sup>. [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...”<sup>8</sup> [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”.

---

<sup>6</sup> B. Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles* (Butterworth, 2<sup>da</sup> edición, 1991) (Anexo CL-0120).

<sup>7</sup> Welling en 246.

<sup>8</sup> 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**

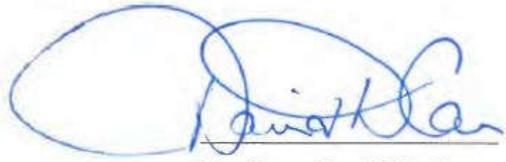
15. En la sección más extensa de su razonamiento (párrafos 148 a 161) en cuanto a si Transban es un inversionista protegido por el TBI, el Tribunal aborda un argumento de la Demandada respecto de si Transban de algún modo tenía derecho al Certificado de Continuidad del año 2001 expedido por el Registrador 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