



SECRETARÍA DE
ECONOMÍA

**SUBSECRETARÍA DE NEGOCIACIONES
COMERCIALES INTERNACIONALES
Dirección General de Consultoría
Jurídica de Negociaciones**

Oficio No.: DGCJN.511.06.189.03

México, D.F. a 24 de febrero de 2003

Asunto: *Fireman's Fund Insurance Company c. los
Estados Unidos Mexicanos*
Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01

Miembros del Tribunal
Atención: Secretario del Tribunal
Centro Internacional de Arreglo de Diferencias
Relativas a Inversiones

1. La demandada da respuesta a la pregunta que el Tribunal formuló mediante de fecha 13 de febrero de 2003, por medio del cual formula la pregunta siguiente:

Asumiendo, para los propósitos exclusivos de esta pregunta, que la "sociedad controladora" Grupo Financiero Bancrecer, S.A. de C.V. es una institución financiera, ¿fue la compra de las obligaciones subordinadas objeto de este caso una inversión conforme a la definición de inversión contenida en el artículo 1416, párrafo 7(a)?¹

El Tribunal solicitó que, al contestar la pregunta, las partes consideren particularmente la expresión "capital para efectos regulatorios" y que, como se desprendió de la audiencia, en México la "sociedad controladora" Grupo Financiero Bancrecer, S.A. de C.V. no está sujeta a requisitos de capital mínimo que son aplicables a ciertas instituciones o entidades financieras, tales como los bancos.

2. Según lo expresó con detalle en sus argumentos escritos y orales, la demandada sostiene que las obligaciones subordinadas de conversión forzosa en acciones emitidas por Grupo Financiero Bancrecer, S.A. de C.V., que fueron adquiridas por la demandante son una inversión en los términos de la definición correspondiente establecida en el artículo 1416 del TLCAN.

A. La prueba que establece el artículo 1416 TLCAN

3. La definición de inversión prevista en el artículo 1416 dispone, en la parte pertinente:

inversión significa "inversión" como se define en el Artículo 1139, "Inversión – Definiciones", excepto que, respecto a "préstamos" e "instrumentos de deuda" incluidos en ese artículo:

1. La demandada desea aclarar que, en el texto del tratado en español, la disposición correlativa al séptimo párrafo, inciso (a) del artículo 1416 es el cuarto párrafo, inciso (a) del mismo artículo, puesto que las definiciones se listan alfabéticamente en cada una de las versiones del tratado.

- a) un préstamo otorgado a una institución financiera o un instrumento de deuda emitido por una institución financiera es una inversión sólo cuando sea tratado como capital para efectos regulatorios por la Parte en cuyo territorio está ubicada la institución financiera...

4. De tal manera, en el caso de préstamos otorgados a una institución financiera o instrumentos de deuda emitidos por una institución financiera, el artículo 1416 acota la definición de inversión establecida en el artículo 1139 del tratado: Precisa que, para los efectos del capítulo XIV, un préstamo otorgado a una institución financiera o un instrumento de deuda emitido por una institución financiera sólo es una inversión si la Parte en cuyo territorio se encuentra la institución financiera los trata como capital para efectos regulatorios.

5. Por consiguiente, el Tribunal debe remitirse a la normatividad mexicana aplicable para determinar si ésta trata un préstamo o un instrumento de deuda como capital.

B. El significado del término “capital para efectos regulatorios”

6. El TLCAN no define el término “capital para efectos regulatorios”, según admitió el perito de la demandante, Lic. Borja, en el curso de la audiencia. Por tal motivo, su significado debe determinarse de acuerdo con las reglas de interpretación de tratados establecidas en los artículos 31 y 32 (R-0761-762) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados². La regla general de interpretación establecida en el artículo 31 (R-0761) de la Convención de Viena dispone:

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

7. En los párrafos 80 al 83 de su Escrito sobre Cuestiones Preliminares de Competencia, la demandada ya estableció cuál es el sentido corriente de los términos “capital para efectos regulatorios”:

83. De tal manera, de acuerdo con el sentido corriente de los términos en cuestión, los préstamos e instrumentos de deuda están cubiertos por la definición de inversión del artículo 1416 cuando, no obstante su naturaleza de pasivos, las autoridades financieras, a través de las reglas a las que están sujetas las instituciones financieras, los tratan como parte del capital de la sociedad, es decir, como integrante del patrimonio de la institución.

8. La demandada también ha proporcionado el contexto en el que surge el término “capital para efectos regulatorios, respecto del cual el Tribunal debe considerar lo siguiente:

- a) En primer lugar, al analizar el contexto de los términos en cuestión, el Tribunal debe considerar el texto del propio tratado. Según reconoció el perito de la demandante, Lic. Borja, el único lugar en que el TLCAN emplea el término

2. Cf. los párrafos 70 al 74 del Escrito de la Demandada sobre Cuestiones Preliminares de Competencia.

“capital para efectos regulatorios” es precisamente en la definición de inversión establecida en el artículo 1416, en conexión con “un préstamo otorgado a una institución financiera o un instrumento de deuda emitido por una institución financiera”³. De hecho, ésta constituye la diferencia específica entre la definición de “inversión” contenida en el artículo 1139 y la contenida en el artículo 1416.

- b) Segundo, el Tribunal también debe considerar que el tratado regula la materia financiera en un capítulo específico —el capítulo XIV—, cuyo ámbito de aplicación abarca a las “medidas de una Parte relativas a a) instituciones financieras de otra Parte; b) inversionistas de otra Parte e inversiones de esos inversionistas en instituciones financieras en territorio de la Parte; y c) el comercio transfronterizo de servicios financieros”(artículo 1401). Ambas Partes se refirieron a las razones por las que las Partes del tratado establecieron un régimen especial en materia de servicios financieros, que los rige de manera integral y que fue cuidadosamente negociado por las autoridades financieras de los tres países⁴.
- c) Tercero, la demandada aludió a los orígenes del término “capital para efectos regulatorios” en el contexto del Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria y concretamente del Acuerdo de Basilea sobre la Convergencia Internacional de Medición de Capital y Normas del Capital de 1988 y el Nuevo Acuerdo de Basilea (que entrará en vigor en 2004)⁵.

C. En el TLCAN el término “capital para efectos regulatorios” no tiene que ver con requisitos de capital mínimo, ni requiere de un capital mínimo para que un “intermediario financiero u otra empresa” pueda ser considerado como “institución financiera”

9. Aunque la demandante en realidad no abordó la naturaleza de las obligaciones subordinadas objeto de esta disputa por considerarlo irrelevante, sugirió, a través de su perito, Lic. Borja, que sólo las instituciones financieras a las que se les impone requisitos de capital mínimo tienen “capital para efectos regulatorios”⁶. Sin embargo, el propio Lic. Borja reconoció que el TLCAN no establece requisitos de capital mínimo, y que, en efecto, el único lugar donde el término “capital para efectos regulatorios” aparece en todo el tratado es, como ya se señaló, en la

3. Transcripción de la audiencia, pp. 363 (líneas 15-21) y 364 (líneas 1-15).

4. Cf. los párrafos 19 al 26 del Escrito de la Demandada sobre Cuestiones Preliminares de Competencia, y la transcripción de la audiencia, pp. 40 a la 41, 207 a la 206 y 418 a la 425.

5. Escrito de la Demandada sobre Cuestiones Preliminares de Competencia, párrafos 51 al 56 y transcripción de la audiencia, pp. 444 (línea 16) a la 447 (línea 5). El Tribunal debe advertir que, si bien el Acuerdo de Basilea y el Nuevo Acuerdo de Basilea tienen como objetivo dotar de los elementos para evaluar la suficiencia del capital de los bancos en función de los riesgos crediticios y de otro tipo, al incorporar el término “capital para efectos regulatorios”, en relación con préstamos o instrumentos de deuda, el artículo 1416 no distingue el tipo de institución financiera de que se trate.

6. Primera declaración, Fernando Borja, párrafo 32.

definición de inversión prevista en el artículo 1416, en conexión con los préstamos otorgados a una institución financiera o los instrumentos de deuda emitidos por una institución financiera⁷.

10. El TLCAN no establece ningún vínculo alguno entre requisitos de capitalización y el “capital para efectos regulatorios”.

D. La demandada probó que su regulación considera a las obligaciones subordinadas forzosamente convertibles en acciones como capital para efectos regulatorios y, conforme a la misma, durante todo el período relevante Grupo Financiero Bancrecer las consideró como capital en sus estados financieros

11. La demandada nuevamente desea remitir al Tribunal a su Escrito sobre Cuestiones Preliminares de Competencia, en específico a los párrafos 57 al 69 y 79 al 85. La demandada ha demostrado plenamente que, conforme a la definición de inversión establecida en el capítulo XIV, durante todo el período relevante la normatividad mexicana consideró como capital a las obligaciones subordinadas forzosamente convertibles en acciones, emitidas por una sociedad controladora de un grupo financiero.

12. En ese sentido, el artículo 23 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras (LRAF) (R-0434-435), establece que las sociedades controladoras sólo podrán contraer pasivos directos o contingentes, entre otros, mediante la emisión de obligaciones subordinadas de conversión forzosa en títulos representativos de su capital. De acuerdo con el artículo 208 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (R-0477), de aplicación supletoria⁸, las obligaciones son títulos de crédito que representan la participación individual de sus tenedores en un crédito colectivo constituido a cargo de la sociedad emisora. De igual forma, el artículo 63 de la Ley de Instituciones de Crédito (LIC) (R-0398), en relación con los artículos 23 de la LRAF y 64 (R-0398-0399) de la propia LIC, define a las obligaciones subordinadas como títulos de crédito a cargo de la emisora.

13. Grupo Financiero Bancrecer emitió las obligaciones subordinadas de conversión forzosa en títulos representativos de capital adquiridas por Fireman's Fund de conformidad con las disposiciones anteriores, según se desprende del acta de emisión y el título único que ampara las obligaciones⁹.

14. No hay duda, pues, que conforme a la legislación mexicana aplicable, las obligaciones en cuestión son “instrumentos de deuda”. Las pruebas aportadas por la demandada no fueron refutadas por la demandante.

15. No obstante la naturaleza de esas obligaciones, la regulación emitida por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) —una de las autoridades financieras mexicanas,

7. Transcripción de la audiencia, pp. 363 y 364.

8. Artículos 4 y 6, en ambos casos fracción I, de la LRAF y LIC, respectivamente (R-0374, 0375, 0427, 0428 y 0429).

9. R-0107-127 y R10128-0143.

concretamente encargada de la supervisión y vigilancia de sociedades controladoras de grupos financieros en las que la entidad financiera preponderante sea una institución de banca múltiple, como Grupo Financiero Bancrecer— las trató como capital para efectos regulatorios durante todo el período relevante. En su escrito sobre Cuestiones Preliminares de Competencia, la demandada refirió a las circulares 1158 y 1384 de la CNBV, del 24 de septiembre de 1992 y 14 de noviembre de 1997, respectivamente, que establecían las reglas contables aplicables a las obligaciones subordinadas de conversión forzosa en acciones, como las emitidas por Grupo Financiero Bancrecer, y adquiridas por la demandante¹⁰. Ambas exigían que tales obligaciones emitidas por sociedades controladoras se contabilizaran como parte del capital contribuido de tales sociedades, no como pasivos.

16. Grupo Financiero Bancrecer trató las obligaciones subordinadas en cuestión como parte de su capital contribuido, según lo demuestran sus estados financieros para los ejercicios de 1995 a 1999 (R-0281, 0283, 0302, 0303, 0338, 0340, 0359, 0361) elaborados de acuerdo con las reglas de la CNBV, y presentados a la propia Comisión de acuerdo con normatividad aplicable. La CNBV en todo momento tuvo facultades de revisar la información de Grupo Financiero Bancrecer, e intervenir por motivos prudenciales de acuerdo con las atribuciones que le confieren la LRAF, la Ley de la CNBV y demás disposiciones aplicables. Nuevamente, las pruebas aportadas por la demandada no fueron refutadas, y el Tribunal debe darles valor probatorio pleno.

E. En las actuaciones escritas y orales de este procedimiento, la demandante prefirió ignorar la cuestión del capital para efectos regulatorios

17. La demandada desea advertir que fue la única parte contendiente que en este procedimiento argumentó y presentó evidencia que le permite al Tribunal corroborar que, para los efectos de la regulación mexicana y, por consiguiente para los efectos de la definición de “institución financiera” prevista en el artículo 1416 del TLCAN, según le aplica a México, las obligaciones subordinadas objeto de la disputa son tratadas como capital para efectos regulatorios por México, la Parte del tratado en cuyo territorio está ubicada la sociedad controladora referida¹¹.

18. La demandante tuvo plena oportunidad para contestar los argumentos y las pruebas del gobierno de México. Sin embargo, optó por no abordar este tema ni en su escrito sobre cuestiones preliminares de competencia, ni en el curso de la audiencia, y por no refutar las pruebas ofrecidas por México, y centró sus argumentos en la cuestión de si Grupo Financiero Bancrecer es una institución financiera¹². Por lo tanto, si el Tribunal considera que Grupo Financiero Bancrecer es una institución financiera conforme al capítulo XIV del TLCAN, entonces la inversión de Fireman’s Fund en las obligaciones subordinadas forzosamente

10. Escrito de la Demandada sobre Cuestiones Preliminares de Competencia, párrafos 60 al 65.

11. Véase párrafos 51-69 del Escrito de la Demandada sobre Cuestiones Preliminares de Competencia y las pruebas respectivas que se ofrecen, así como la transcripción de la audiencia, pp. 37 (línea 11) a la 39 (línea 15) y 443 (línea 10) a la 447 (línea 5).

12. Véase Escrito de la Demandante sobre Cuestiones Preliminares de Competencia, párrafos 84-86 y transcripción de la audiencia, pp. 510-511.

convertibles en acciones emitidas por Grupo Financiero Bancrecer es también una inversión conforme al capítulo XIV.

F. Conclusión

19. La demandada ha probado más allá de cualquier duda que, de conformidad con la legislación mexicana, las obligaciones subordinadas forzosamente convertibles en acciones emitidas por Grupo Financiero Bancrecer y que constituyen la inversión identificada por la demandante que es objeto de esta disputa, son un instrumento de deuda que fue tratado como capital para efectos regulatorios por México, durante todo el período relevante.

20. Las pruebas de la demandada también demuestran en forma contundente que Grupo Financiero Bancrecer elaboró sus estados financieros de acuerdo con las reglas ya referidas de la CNVB. Los estados financieros de Grupo Financiero Bancrecer registran las obligaciones subordinadas objeto de esta disputa como parte del capital de la sociedad.

21. En virtud de lo anterior, la demandada sostiene que la inversión de la demandante es una inversión para los efectos del capítulo XIV del tratado, en los términos de su artículo 1416.

22. La demandada desea reservarse el derecho de contestar a cualquier nueva evidencia que la demandante pudiere presentar en contestación a esta pregunta del Tribunal. En la opinión respetuosa de la demandada, la demandante tuvo plena oportunidad para contestar los argumentos de México y las pruebas que los sustentan; pero prefirió seguir una estrategia diferente. Ello es imputable sólo a la demandante.

G. Petición

23. Toda vez que la demandada ha demostrado que la inversión de la demandante está cubierta por el capítulo XIV del TLCAN, respetuosamente solicita al Tribunal que determine la procedencia de la excepción de incompetencia presentada por el gobierno de México.

Atentamente,
El Consultor Jurídico

Hugo Perezcano Díaz

c.c.p. Daniel M. Price.- Sidley Austin Brown & Wood.
Raymundo E. Enríquez S.- Baker & McKenzie.