

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
(Mecanismo Complementario)

FIREMAN'S FUND INSURANCE COMPANY

Demandante

y

LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Demandada

DECISIÓN
SOBRE
LA CUESTIÓN PRELIMINAR

Ante el Tribunal de Arbitraje constituido con arreglo al Capítulo XI del
Tratado de Libre Comercio de América del Norte e integrado por:

Profesor Andreas F. Lowenfeld

Sr. Francisco Carrillo Gamboa

Profesor Albert Jan van den Berg (Presidente)

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	3
II.	LAS PARTES	4
III.	CRONOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO	5
IV.	ANTECEDENTES	13
V.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	18
	A. Introducción	18
	B. Antecedentes: el TLCAN y los servicios financieros	22
	C. Las sociedades controladoras, ¿son instituciones financieras?	25
	D. Las obligaciones subordinadas forzosamente convertibles en acciones materia del presente caso, ¿constituyen capital regulatorio?	32
VI.	COSTAS.....	41
VII.	DECISIONES	42

I. INTRODUCCIÓN

1. Fireman's Fund Insurance Company ha presentado una reclamación contra los Estados Unidos Mexicanos, alegando que México ha incumplido sus obligaciones en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), más específicamente las contenidas en los Artículos 1102 (Trato nacional), 1105 (Nivel mínimo de trato), 1110 (Expropiación e indemnización) y 1405 (Trato nacional) de dicho tratado y que ese incumplimiento ha causado daños a la demandante.
2. Los Estados Unidos Mexicanos alegan la falta de competencia *ratione materiae* del Tribunal para conocer de las reclamaciones de Fireman's Fund Insurance Company basadas en presuntas violaciones de los artículos 1102, 1105 y 1405 del TLCAN. Alega que las medidas en cuestión se rigen exclusivamente por el Capítulo XIV del TLCAN relativo a los Servicios Financieros. Por otra parte, los Estados Unidos Mexicanos no plantean objeciones a la competencia del Tribunal para conocer de la diferencia en la medida en que la presunta violación sea relativa al Artículo 1110 (Expropiación e indemnización) del TLCAN (aplicable a través del Artículo 1401 (2)), sin perjuicio de cualesquiera otras excepciones que pudieran presentarse de conformidad con las reglas aplicables.
3. En la presente decisión se dictamina sobre la cuestión de competencia planteada por los Estados Unidos Mexicanos¹.

¹ En la presente decisión, el Tribunal utiliza los términos "competencia" y "jurisdicción" como conceptos jurídicos equivalentes. Debe tenerse en cuenta que en el TLCAN se utiliza el término "jurisdicción" (véanse, por ejemplo, el Artículo 1126(2) y el Artículo 1126(8)) y en el Reglamento del Mecanismo Complementario se utiliza el término "competencia" (Artículo 46).

II. LAS PARTES

4. La demandante:

Fireman's Fund Insurance Company
777 San Marin Drive
Novato, CA 94998
Estados Unidos de América

en lo sucesivo: "Fireman's Fund" o la "Demandante".

5. Fireman's Fund se constituyó con arreglo a la legislación del Estado de California. Es una subsidiaria cien por ciento propiedad de Allianz of America Inc., una empresa de Delaware que a su vez es cien por ciento propiedad de Allianz AG de Munich (Alemania). Además, es una empresa afiliada de Allianz México cuya principal actividad comercial es suministrar distintos tipos de seguros, incluidos seguros de accidentes y de incendios.

6. En el presente procedimiento, Fireman's Fund estaba representada inicialmente por el Sr. Lawrence W. Newman y el Sr. Raymundo E. Enríquez, del despacho de abogados Baker & McKenzie, y a partir del 9 de agosto de 2002 pasó a estar representada por el Sr. Daniel M. Price del despacho de abogados Sidley, Austin, Brown & Wood LLP y el Sr. Raymundo E. Enríquez del despacho de abogados Baker & McKenzie.

7. La demandada:

LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
Dirección General de Inversión Extranjera
Secretaría de Comercio y Fomento Industrial
México, DF, México

en lo sucesivo: "México" o la "Demandada".

8. En el presente procedimiento, el Gobierno de México está representado por el Sr. Hugo Perezcano Díaz, Director General de Consultoría Jurídica de Negociaciones de la Secretaría de Economía.

III. CRONOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO

9. El 30 de octubre del 2001, Fireman's Fund presentó una notificación de arbitraje contra México conforme a lo dispuesto en el Capítulo XI del TLCAN y solicitó que las reclamaciones ahí indicadas se sometieran a arbitraje con arreglo al Reglamento del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI").
10. En la notificación de arbitraje, Fireman's Fund alega que México ha violado los Artículos 1102, 1105, 1110 y 1405 del TLCAN y solicita, con respecto a cada una de sus reclamaciones en el marco de dichos artículos, que "se condene al pago por daños a su favor y contra México por valor de US\$50.000.000, junto con los intereses aplicables, los honorarios de los abogados y las costas del presente procedimiento, así como a toda aquella indemnización que el Tribunal de Arbitraje considere adecuada". (Notificación, párr. 40).
11. Fireman's Fund adjuntó a su notificación de arbitraje dos cartas de fechas 27 de noviembre de 2001 y 11 de enero de 2002.
12. México presentó una carta de fecha 11 de diciembre de 2001 en la que plantea objeciones respecto de la procedencia de la aplicación del Capítulo XI del TLCAN al presente caso.

13. El 15 de enero de 2002, el Secretario General del CIADI informó a las partes que se había aprobado la solicitud de acceso al Mecanismo Complementario presentada por Fireman's Fund, y en la misma fecha se emitió un Certificado de Registro de la Notificación.
14. El 17 de mayo en 2002, se constituyó el Tribunal de Arbitraje. El Tribunal está compuesto por el Profesor Albert Jan van den Berg (designado presidente del Tribunal por el Secretario General de CIADI), de nacionalidad holandesa y residente en Tervuren (Bélgica), el Profesor Andreas F. Lowenfeld (designado por la demandante), de nacionalidad estadounidense y residente en Nueva York, Nueva York (Estados Unidos) y el Sr. Francisco Carrillo Gamboa (designado por la demandada), de nacionalidad mexicana y residente en México, D.F. (México). La Sra. Claudia Frutos-Peterson fue designada para desempeñar las funciones de Secretaria del Tribunal. Todas las comunicaciones escritas posteriores entre el Tribunal y las partes se realizaron a través de la Secretaría del CIADI.
15. La primera sesión del Tribunal se celebró, con el acuerdo de las partes, el 22 de julio de 2002 en Washington D.C. El sumario de la primera sesión se considera incorporado en la presente decisión.
16. En la primera sesión, las partes acordaron que en el presente caso el procedimiento se dividiera en tres fases. La primera abordaría la cuestión preliminar, la segunda analizaría el fondo de la cuestión únicamente en lo relativo a responsabilidades y la tercera, de ser necesaria, se referiría a la cuantificación de los daños.
17. Por lo que respecta a la primera fase del procedimiento, el Tribunal decidió establecer una fase escrita y oral relativa a la objeción a su competencia planteada

por la demandada y estableció el calendario del procedimiento de conformidad con un acuerdo de las partes.

18. La demandante y la demandada informaron al Tribunal, mediante cartas de fecha 29 de julio de 2002, que habían acordado que Toronto (Canadá) fuera el lugar de celebración del arbitraje para los fines del artículo 1130 del TLCAN.
19. En una carta de fecha 9 de agosto de 2002, la Demandante informó al Tribunal que el despacho de Baker & McKenzie de Nueva York quedaba sustituido por el despacho de Washington de Sidley Austin Brown & Wood LLP, mientras que el despacho de México de Baker & McKenzie seguiría representando a la demandante. En vista de ello, la demandante solicitó que se aplazaran las fechas acordadas en la primera sesión del Tribunal para la presentación de los alegatos de las partes relativos a la primera fase del procedimiento. En una carta de fecha 13 de agosto de 2002, la demandada informó al Tribunal que no se oponía a la solicitud de la demandante. Así pues, se admitió la solicitud y se estableció un nuevo calendario con arreglo a la propuesta de la demandante.
20. El 22 de agosto de 2002, la demandante presentó una solicitud de presentación de documentos. El 23 de agosto de 2002, la demandada informó al Tribunal que no solicitaba la presentación de documentos en esta fase del procedimiento, pero que se reservaba el derecho de hacerlo en etapa posterior.
21. El 4 de septiembre de 2002, la demandada presentó objeciones a la solicitud de presentación de documentos de la demandante, y la demandante respondió el 9 de septiembre de 2002. El 18 de septiembre 2002, la demandada presentó un escrito de duplica. Mediante la Orden Procesal No. 1 del 19 de septiembre de 2002, el Tribunal desestimó la solicitud de la demandante por falta de especificidad en esa

fase del procedimiento y porque ésta no demostró que su solicitud se encuadrara, ni de ser así en qué medida, en lo dispuesto por el Artículo 32 de la Convención de Viena, incluidos "los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración". El Tribunal autorizó a la demandante a renovar su solicitud dentro de los 15 días posteriores a la presentación del memorial de la demandada sobre la cuestión preliminar.

22. El 22 de octubre de 2002, la demandada presentó su memorial sobre la cuestión preliminar con elementos probatorios.
23. El 4 de noviembre de 2002, la demandante presentó una nueva solicitud de presentación de documentos. La demandada opuso sus objeciones a la nueva solicitud de presentación de documentos el 12 de noviembre de 2002, la demandante respondió el 14 de noviembre de 2002 y, a solicitud del Tribunal de Arbitraje, el 20 de noviembre de 2002 la demandada presentó un escrito de dúplica a la respuesta de la demandante. El 22 de noviembre de 2002, el Tribunal autorizó la nueva solicitud de la demandante sin prejuzgar de la admisibilidad de los documentos entregados a la demandante en el procedimiento plenario. Se solicitó a la demandada que presentara los documentos solicitados a más tardar el 3 de diciembre de 2002.
24. El 20 de diciembre de 2002, la demandante presentó su memorial sobre la cuestión preliminar con elementos probatorios, incluida una opinión del Sr. Fernando Borja Mujica, y declaraciones juradas del Sr. Eduardo Fernández García y el Dr. Gehart E. Reuss.
25. En cartas de fecha 9 de enero de 2003, el Sr. K. Thompson, abogado del Gobierno de Canadá y el Sr. David A. Pawlak, abogado asesor del Gobierno de los Estados

Unidos de América, informaron al Tribunal que sus respectivos gobiernos no tenían intención de presentar una petición conforme a los términos del Artículo 1128 del TLCAN sobre la cuestión de competencia. El Sr. David A. Pawlak señaló además que, con arreglo al calendario aprobado en la primera sesión del Tribunal, su gobierno podría acogerse a la oportunidad de presentar esa petición el 27 de febrero de 2003.

26. El 14 de enero de 2003, la demandada solicitó poder exhibir escritos de réplica y de dúplica sobre la cuestión preliminar y el aplazamiento de la audiencia prevista para los días 6 y 7 de febrero de 2003. La demandante presentó objeciones a la solicitud mediante una carta de fecha 15 de enero de 2003, la demandada respondió con una carta el 16 de enero de 2003, y la demandante reafirmó sus objeciones a la solicitud con una carta de fecha 17 de enero de 2003. El 23 de enero de 2003, el Tribunal desestimó la solicitud de la demandada por considerar que ésta no había argumentado satisfactoriamente la necesidad de escritos de réplica y de dúplica. Asimismo, el Tribunal se comprometió a salvaguardar el derecho que asiste a ambas partes de presentar de manera oportuna sus argumentos.
27. El 30 de enero de 2003, las partes y el Presidente del Tribunal celebraron una conferencia telefónica sobre los aspectos logísticos aplicables a la audiencia (resumida en la carta de fecha 30 de enero de 2003 de la Secretaría del Tribunal, que se considera incorporada en la presente decisión).
28. Durante la conferencia telefónica, el CIADI recibió una carta de fecha 29 de enero de 2003 de la demandada en la que ésta presentaba un "dictamen" de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ("SHCP") firmada por el Sr. Luis Mancera de Arrigunaga. El Presidente ordenó que el dictamen se entregara a la demandante pero no a los miembros del Tribunal hasta tanto se resolviera la cuestión relativa a su

admisibilidad en el expediente. En la conferencia telefónica, la demandante manifestó su preocupación sobre la presentación del escrito por parte de la demandada. Las partes acordaron que, si el Tribunal admitía el dictamen, se concedería a la demandante la oportunidad de: 1) repreguntar al autor del escrito presentado por la demandada durante la audiencia; 2) interrogar a sus propios testigos durante la audiencia a fin de formular opiniones respecto del escrito de la demandada, y 3) presentar declaraciones juradas u opiniones escritas complementarias en respuesta al escrito el martes 4 de febrero de 2003 antes del final de la jornada laboral. En una carta de fecha 31 de enero de 2003, la demandante manifestó de nuevo su preocupación y solicitó que el Tribunal decidiera si la presentación del escrito era adecuada. Ese mismo día el Tribunal resolvió lo siguiente:

El Tribunal determina que la presentación de la opinión emitida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en la forma propuesta por la demandada en su carta de 29 de enero de 2003 no está contemplada en la orden procesal adoptada en el presente caso. El Tribunal ha decidido, asimismo, desestimar la solicitud de la demandada de presentar un escrito de réplica al memorial de contestación de la demandante, pero al mismo tiempo ha confirmado que salvaguardará el derecho de cada parte a presentar plenamente sus casos. El Tribunal señala, además, que las partes han acordado determinadas modalidades en caso de que se declarara admisible la presentación del escrito y que la demandante declara que las modalidades acordadas mitigan las reservas expresadas por ella respecto de dicha presentación.

En estas circunstancias, teniendo en cuenta también la situación actual por lo que se refiere a la cuestión de la jurisdicción y el deseo de que el procedimiento sea expedito, el Tribunal determina que la presentación del escrito es admisible, con sujeción a las modalidades acordadas.

No obstante, el Tribunal desea aclarar que no tolerará que cualquiera de las partes presente otros escritos que no hayan sido requeridos, salvo en circunstancias excepcionales.

29. La audiencia sobre la cuestión preliminar se celebró los días 6 y 7 de febrero de 2003 en las oficinas del CIADI, en Washington D.C. En representación de la demandante comparecieron: el Sr. Daniel M. Price, el Sr. Stanimir A. Alexandrov y el juez Stephen M. Schwebel (todos ellos del despacho Sidley, Austin, Brown & Wood LLP), así como el Sr. Raymundo E. Enríquez (de Baker & McKenzie). Por la demandada comparecieron: el Sr. Hugo Perezcano Díaz (Director General de Consultoría Jurídica de Negociaciones), el Sr. J. Christopher Thomas, QC, el Sr. J. Cameron Mowatt (de Thomas & Partners) y el Sr. Stephan E. Becker (de P.C. Shaw Pittmann, LLP).
30. Tras las exposiciones iniciales, el Tribunal planteó a las partes diversas cuestiones que deberían abordarse durante el interrogatorio de los testigos y/o los alegatos finales (págs. 76 a 83 de la transcripción). En el curso de la audiencia, el Tribunal planteó otras preguntas (págs. 413 a 416 de la transcripción). En la medida en que las partes y/o sus testigos se refirieron a las cuestiones mencionadas y en la medida en que sean pertinentes, éstas se considerarán más adelante.
31. En la audiencia fueron interrogados los siguientes testigos:
 - Sr. Luis Mancera de Arrigunaga (por la demandada)
 - Sr. Fernando Borja Mujica (por la demandante)
 - Sr. Eduardo Fernández García (por la demandante)
32. Con el consentimiento de la demandada, la demandante renunció a llamar al Dr. Gehart E. Reuss, que había hecho una declaración como testigo de la demandante.

33. El Gobierno de Canadá estuvo representado en la audiencia por el Sr. Kevin S. Thompson, abogado de la Oficina de Derecho Comercial del Departamento de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional y el Departamento de Justicia y por el Sr. Dean Corno, del Departamento de Finanzas. El Gobierno de los Estados Unidos de América estuvo representado en la audiencia por el Sr. David A. Pawlak, de la Oficina del Asesor Jurídico del Departamento de Estado de los Estados Unidos.
34. En una carta de fecha 13 de febrero de 2003, el Tribunal planteó a las partes una pregunta relativa al Artículo 1416(7)(a) del TLCAN. El 24 de febrero de 2003, cada parte presentó su respuesta a dicha pregunta.
35. El 27 de febrero de 2003, el Gobierno de Canadá presentó una primera comunicación de conformidad con el Artículo 1128 del TLCAN. El Gobierno del Canadá adoptó la posición de que para determinar que una entidad "esté autorizada para hacer negocios y esté regulada o supervisada como una institución financiera" a los efectos del Capítulo XIV debe tenerse en cuenta el hecho de que corresponde a las partes del TLCAN definir, a través de sus marcos reglamentarios y de supervisión respectivos, los tipos de entidades y por lo tanto los ámbitos de actividades que quedan regulados por el Capítulo XIV.
36. El mismo 27 de febrero de 2003, el Gobierno de los Estados Unidos de América presentó una comunicación de conformidad con el artículo 1128 del TLCAN. La comunicación del Gobierno de los Estados Unidos de América responde a la pregunta del Tribunal sobre si las sociedades controladoras bancarias sujetas a la legislación de los Estados Unidos deben considerarse "instituciones financieras" en el sentido del artículo 1416. En dicha comunicación se afirma que, con arreglo a lo dispuesto en la legislación de los Estados Unidos (esto es, la Bank Holding Company Act, de 1956), las sociedades controladoras bancarias de los Estados

Unidos se ajustan a todos los aspectos de la definición de "institución financiera" que figura en el Artículo 1406 del TLCAN. También determinó que las sociedades controladoras bancarias sujetas a la legislación de otros Estados partes pueden ser distintas de las sociedades controladoras bancarias sujetas a la legislación de los Estados Unidos, y que ese puede ser también el caso por lo que respecta a la legislación aplicable a esas sociedades.

37. El Tribunal de Arbitraje aplazó en diversas ocasiones la fecha establecida para dictar la presente decisión.
38. El Tribunal deliberó en diversas ocasiones.

IV. ANTECEDENTES

39. El Tribunal presenta los antecedentes que figuran a continuación sólo en el contexto de su decisión relativa a la cuestión preliminar. Por lo que respecta a la comprobación de hechos, ésta se basa en los hechos tal y como los presentaron la demandante y la demandada en sus presentaciones orales y escritas, correspondientes a la presente fase del arbitraje en la medida en que son pertinentes a la cuestión preliminar. Las comprobaciones de hechos efectuadas por el Tribunal no prejuzgan respecto de las comprobaciones de hechos relacionadas con el fondo de la controversia en el presente caso.
40. Para comenzar, resulta útil presentar información general breve sobre las autoridades mexicanas competentes que intervienen.
41. Una de las principales leyes que rigen el sector financiero de México es la Ley de Instituciones de Crédito (LIC, también conocida como Ley Bancaria), que rige las operaciones generales de los bancos.

42. El *Banco de México* es el banco central de la nación, persona de derecho público con carácter autónomo. Su objetivo prioritario es procurar la estabilidad de la moneda nacional y, adicionalmente, promover el sano desarrollo del sistema financiero y propiciar el buen funcionamiento del sistema de pagos.
43. La *Comisión Nacional Bancaria y de Valores* (en lo sucesivo, “CNBV” o “Comisión”, anteriormente Comisión Nacional Bancaria) es la entidad encargada de supervisar y regular a las entidades financieras a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento, así como mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo del sistema financiero y, en consecuencia, la protección del interés público.
44. La *Secretaría de Hacienda y Crédito Público* (en lo sucesivo, “SHCP”) es una dependencia del poder ejecutivo federal cuya facultad principal es definir las políticas del gobierno federal en materia fiscal, de gasto público, financiera, crediticia, bancaria, monetaria, de divisas y de precios, y de tarifas de bienes y servicios del sector público.
45. Las sociedades controladoras de grupos financieros están sujetas a la supervisión de la Comisión que determine la SHCP (Artículo 30 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras de 1990, en lo sucesivo “LRAF”). En el presente caso, la SHCP determinó que la Comisión debía ser la CNBV. Esta última tiene amplias facultades de inspección y supervisión (véanse, en particular, los Artículos 1, 6, 7, 11, 12, 17, 20, 23, 26 y 30 de la LRAF, y la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores de 1995, en lo sucesivo “Ley de la CNBV”, en particular los Artículos 2, 3(IV) y 4). Las normas contenidas en la LRAF se han reglamentado en diversas circulares : la No. 1158 de 1992, la No. 1384 de 1997 y la No. 1456 de 1999. De igual manera, esas sociedades también están reguladas por las reglas de carácter

general expedidas conforme a la LRAF (Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros de 1991, en lo sucesivo, las "Reglas").

46. Conforme al modelo societario particular previsto en la LRAF, una sociedad controladora de grupos financieros es esencialmente una entidad pasiva, ya que adquiere y conserva participaciones mayoritarias por lo menos en dos o tres entidades financieras de diversos tipos. Así pues, el esquema de las sociedades controladoras de grupos financieros organiza las entidades financieras en "grupos financieros" semi integrados con una identidad comercial compartida.
47. Las actividades autorizadas para las sociedades controladoras de grupos financieros son limitadas. En efecto, la ley previene que sólo pueden: i) tener acciones de entidades financieras pertenecientes al grupo; ii) celebrar el convenio de responsabilidades (Convenio) con objeto de asignar indirectamente los activos de las entidades financieras de su propiedad; iii) emitir obligaciones subordinadas forzosamente convertibles en títulos representativos de su capital, y iv) dedicarse a un número limitado de actividades de inversión y crediticias en su nombre (véanse los Artículos 16, 23 y 28 de la LRAF).
48. Además, el Artículo 16 de la LRAF previene expresamente que una sociedad controladora de grupos financieros no puede desarrollar las actividades de los servicios financieros a que se dedican las entidades financieras de su propiedad. Asimismo, en las Reglas se establece que una sociedad controladora de grupos financieros no puede participar de manera alguna en la gestión de las operaciones de sus instituciones financieras (Reglas, Título III, Sección 10(8)). Asimismo, el Artículo 8 de la LRAF previene que las entidades financieras subsidiarias no pueden establecer ninguna de sus operaciones en las oficinas de las sociedades controladoras de grupos financieros de las que forman parte.

49. Por lo que se refiere a los hechos, el 29 de octubre de 1992 la SHCP otorgó, con arreglo a lo dispuesto por el Artículo 6 de la LRAF, la autorización para la constitución y el funcionamiento del Grupo Financiero BanCreceer, S.A. de C.V., una empresa mexicana (en lo sucesivo, "GF BanCreceer"):

ARTÍCULO PRIMERO.- En uso de la facultad que el artículo 6o. de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras confiere a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se otorga autorización a Grupo Financiero BanCreceer S.A. de C.V. para constituirse y funcionar como grupo financiero.

(...)

ARTÍCULO TERCERO.- La sociedad controladora tendrá por objeto adquirir y administrar acciones emitidas por los integrantes del grupo financiero.

(...)

ARTÍCULO OCTAVO.- La sociedad controladora estará sujeta a la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria.

ARTICLE FIRST.- In use of the powers granted to the Secretaría de Hacienda y Crédito Público pursuant to article 6th of the Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, Grupo Financiero BanCreceer, S.A. de C.V., is hereby authorized to be incorporated and to operate as a financial group.

(...)

ARTICLE THIRD.- The holding company shall have the corporate purpose of acquiring and administering those shares issued by the entities that constitute the financial group.

(...)

ARTICLE EIGHTH.- The holding company shall be subject to the inspection and supervision of the Comisión Nacional Bancaria.

50. GF BanCreceer es la sociedad controladora de BanCreceer S.A. (en lo sucesivo, "Banco BanCreceer").
51. En septiembre de 1995, Fireman's Fund adquirió obligaciones subordinadas forzosamente convertibles en acciones con una vigencia de cinco años emitidas por GF BanCreceer y denominadas en dólares por valor de US\$50 millones.
52. También en septiembre de 1995, GF BanCreceer emitió obligaciones del mismo tipo denominadas en pesos mexicanos por un valor equivalente en esa fecha a US\$50 millones. Según la demandante, todas las obligaciones en pesos se vendieron a inversionistas mexicanos.

53. La emisión de las dos series de obligaciones por parte del GF BanCrecer en 1995 fue autorizada por el Banco de México con sujeción a diversas limitaciones y condiciones, incluidas las previstas en el Artículo 23 de la LRAF y el Artículo 64 de la LIC (véase la autorización otorgada por el Banco de México el 15 de septiembre de 1995, documento probatorio R-0050-0055).
54. Tras la crisis financiera de México, en 1997, el Banco BanCrecer sufrió dificultades financieras. Se constituyó un grupo de trabajo compuesto por la CNBV, la SHCP, el Banco de México y el Fondo Bancario de Protección al Ahorro (en lo sucesivo, "FOBAPROA") para tratar la situación del Banco BanCrecer. El grupo de trabajo elaboró el Programa de saneamiento y capitalización para GF BanCrecer, parte del cual consistía en que se amortizarían las obligaciones por valor de US\$50 millones de Fireman's Fund denominadas en dólares y que Fireman's Fund, entre otras cosas, invertiría los US\$50 millones procedentes de esas obligaciones en el Banco BanCrecer reestructurado, con arreglo a determinadas condiciones. Fireman's Fund participó en esta parte del Programa.
55. Según la demandante, al mismo tiempo y sin su conocimiento, se elaboró un plan alternativo para pagar a los tenedores de las obligaciones denominadas en pesos todo el valor en efectivo de esas obligaciones a través de un fideicomiso establecido por el Banco BanCrecer. La demandante alega que el Gobierno de México permitió esa recompra y la apoyó financieramente.
56. La demandante argumenta que no tuvo conocimiento del plan alternativo hasta abril de 1998, pero que su solicitud de trato igualitario fue denegada por el Presidente de la Comisión (CNBV). En abril de 1999, este último denegó nuevamente una solicitud oficial de la demandante en ese sentido.

57. En enero de 1999, el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario (en adelante, "IPAB") asumió las responsabilidades de FOBAPROA.
58. El 7 de julio de 1999, la demandante solicitó a GF BanCrecer que procurara obtener permiso del Banco de México para adquirir las obligaciones denominadas en dólares en las mismas condiciones en que se habían adquirido las obligaciones denominadas en pesos. GF BanCrecer transmitió la solicitud al Banco de México. El 16 de agosto de 1999, el Banco de México denegó la solicitud de GF BanCrecer.
59. El 3 de noviembre de 1999, en dos asambleas de accionistas de GF BanCrecer se resolvió que 1) el IPAB pasaría a controlar el Banco BanCrecer, 2) que el Banco BanCrecer dejaría de ser una entidad subsidiaria de GF BanCrecer, y 3) que GF BanCrecer se disolvería y liquidaría.
60. La demandante presentó a la Dirección General de Inversiones Extranjeras de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial una notificación de intención enmendada para someter una reclamación a arbitraje con fecha de 29 de noviembre de 2000 (en sustitución de una notificación anterior fechada el 15 de noviembre de 1999). Las negociaciones para el arreglo de la diferencia entre las partes no produjeron ningún resultado. El 30 de octubre de 2001, la demandante presentó ante el CIADI una notificación de arbitraje contra la demandada.

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

A. Introducción

61. El Tribunal ha estudiado en la presente fase del procedimiento todas las comunicaciones orales y escritas de las partes y los elementos probatorios escritos y

orales que éstas han presentado, así como las comunicaciones del Gobierno de Canadá y del Gobierno de los Estados Unidos de América. Éstos se tratarán a continuación en forma expresa o implícita en la medida en que sean pertinentes a los asuntos relativos a la cuestión preliminar.

62. Al abordar las cuestiones que figuran a continuación, el Tribunal se ajustará al principio establecido en el Artículo 1131 del TLCAN según el cual "un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se someten a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional".
63. En su interpretación del TLCAN, el Tribunal se ajustará a las normas de interpretación establecidas en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Así pues, el texto del TLCAN se interpretará en primer lugar en el sentido corriente que debe asignarse a los términos del Tratado en su contexto y a la luz de su objeto y propósito. Puede recurrirse a reglas de interpretación suplementarias en las condiciones establecidas en el Artículo 32 de la Convención.
64. La demandante declara, como consideración de política general, que el recurso directo al arbitraje por parte de los inversionistas se ha convertido en norma en los acuerdos de inversión modernos, aunque pueda haber excepciones, y que el valor del mecanismo de arbitraje entre inversionistas y Estados es tan considerable que solamente debería impedirse el recurso a ese mecanismo si ese resultado fuera el requerido en forma inequívoca por alguna disposición de un tratado. Si bien es cierto que hay más de 1,400 (o, como afirman algunos, más de 2,000) tratados bilaterales de inversión que contemplan el arbitraje entre inversionistas y Estados (aunque con arreglo a distintas condiciones) y que la valía de los mecanismos de

arbitraje entre inversionistas y Estados es considerable, el Tribunal no cree que con arreglo al derecho internacional contemporáneo, el inversionista extranjero tenga derecho al beneficio de la duda por lo que respecta a la existencia y el alcance de un acuerdo de arbitraje.

65. El caso bajo análisis es un ejemplo del número creciente de controversias entre inversionistas y Estados que se someten a arbitraje en el marco del TLCAN. Todos los casos anteriores, en la medida en que este Tribunal tiene conocimiento de ellos, se han presentado en el marco del Capítulo XI, que es el principal capítulo del TLCAN dedicado a inversiones. En el presente caso, la reclamación se refiere al presunto incumplimiento del pago de títulos de deuda por valor de US\$50.000.000 (obligaciones forzosamente convertibles en acciones) emitidos por una sociedad controladora de grupos financieros mexicana, y puede argumentarse que la reclamación se encuadra en el Capítulo XIV del TLCAN, que está dedicado especialmente a los servicios financieros. En el examen que figura a continuación, la demandante arguye que todas sus reclamaciones deben estudiarse con arreglo al Capítulo XI porque no se cumplen las condiciones para la aplicación del Capítulo XIV, y la demandada argumenta que puede aplicarse el Capítulo XIV porque la inversión en cuestión se ajusta a las definiciones que figuran en el mismo. Al solicitar que se rechacen por falta de competencia todas, excepto una de las reclamaciones presentadas, la demandada se refiere al Artículo 1101 (3) del TLCAN, que previene que:

Este capítulo no se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte en la medida en que estén comprendidas en el Capítulo XIV, "Servicios financieros".

66. Diversas disposiciones del Capítulo XI están incorporadas en el Capítulo XIV, entre ellas las siguientes relacionadas con el presente caso: el Artículo 1110 relativo a

expropiación y compensación y los Artículos 1115 a 1138 relativos a los aspectos de procedimiento de resolución de diferencias mediante un tribunal, como en el presente caso. El Artículo 1102, sobre Trato nacional, y el Artículo 1105, sobre Nivel mínimo de trato, no están incorporados en el Capítulo XIV. Así pues, si las medidas que se alega haber tomado en nombre del Gobierno de México quedan incluidas en el ámbito del Capítulo XIV, este Tribunal carece de competencia por lo que se refiere a las reclamaciones formuladas en el marco de los Artículos 1102 y 1105. El Capítulo XIV no contiene disposición equivalente a la de Nivel mínimo de trato del Capítulo XI; no obstante, si contiene en el Artículo 1405 una disposición equivalente a la de Trato nacional del Capítulo XI y, efectivamente, en el presente proceso de arbitraje se ha presentado una reclamación por incumplimiento del Artículo 1405. Sin embargo, el Artículo 1405 no figura entre las disposiciones a las que pueden aplicarse las disposiciones relativas al procedimiento del Capítulo XI (Artículos 1115 a 1138), y el Artículo 1414 dispone claramente que las reclamaciones en el marco del Artículo 1405 están sujetas a los procedimientos de solución de controversias entre Estados previstos en el Capítulo XX y no a los de solución de controversias entre inversionistas y Estados previstas en el Capítulo XI.

67. En suma, si las medidas a las que se presentan objeciones en este arbitraje quedan incluidas en el ámbito del Capítulo XIV, deben desestimarse las reclamaciones presentadas en el marco de los Artículos 1102, 1105 y 1405 y la reclamación por expropiación conforme al artículo 1110 es la única sobre la que este Tribunal deberá pronunciarse. Por otra parte, si las condiciones para la aplicación del Capítulo XIV no se cumplen, las reclamaciones presentadas en el marco del Artículo 1102 (Trato nacional) y el Artículo 1105 (Nivel mínimo de trato) serán objeto de consideración por parte de este Tribunal, junto con la reclamación por expropiación efectuada en el marco del Artículo 1110.

B. Antecedentes: el TLCAN y los servicios financieros

68. Si bien el nombre del Tratado celebrado entre Canadá, México y Estados Unidos de América incluye la expresión “libre comercio”, quedó entendido desde el inicio de las negociaciones que la inversión transfronteriza sería un componente importante de cualquier plan que vinculara las economías de los tres Estados Partes. Además, no se liberalizaría exclusivamente el comercio de bienes, sino también, aunque con normas algo diferentes, el de servicios.
69. Entre los objetivos del TLCAN, previstos en el Artículo 102, se mencionan:
- a) eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes;
 - c) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes.
70. Un campo que despertó particular inquietud entre los autores del TLCAN fue el de los servicios financieros. Por un lado, las Partes estaban deseosas de abrir el intercambio transfronterizo de servicios financieros, especialmente con México, y de integrar a México más plenamente en el sistema financiero internacional; por el otro, los autores del TLCAN comprendieron que los principios del libre acceso y el trato nacional no se aplicaban a todos los aspectos del sector financiero, que cada uno de los Estados Partes somete a regulación por cuestiones de prudencia y razones macroeconómicas. Por todo ello, los negociadores del TLCAN previeron, desde un principio, la redacción de un capítulo aparte sobre servicios financieros, y la mayor parte de las negociaciones acerca de lo que sería el Capítulo XIV estuvo en manos de equipos constituidos por funcionarios de los ministerios de finanzas o hacienda,

en lugar de funcionarios de los ministerios de comercio de los respectivos gobiernos.

71. El resultado es que el Capítulo XIV “se refiere a las medidas adoptadas o mantenidas por 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(1)) y que la estructura del TLCAN es tal que el Capítulo XIV no se refiere simplemente al Capítulo XI, sino que, más bien, incorpora algunas de sus disposiciones (Artículo 1401(2)). El Capítulo XIV tiene sus propios anexos, entre ellos el Anexo VII, que establece reservasy compromisos encaminados a la liberalización. Cabe destacar también que el Capítulo XI contiene una cláusula en el Artículo 1112(1) según la cual en caso de incompatibilidad entre el Capítulo XI y cualquier otro capítulo, prevalecerá la de este último en la medida de la incompatibilidad.
72. En relación con la solución de controversias, los autores del Capítulo XIV se basaron en las dos disposiciones sobre ese tema incluidas en el TLCAN. Las controversias relativas a las normas de carácter prudencial, incluidas las presuntas violaciones de las disposiciones sobre trato nacional, quedaron comprendidas en el mecanismo de solución de controversias entre Estados establecido con arreglo al Capítulo XX; las controversias sobre presuntas expropiaciones, así como la denegación del permiso para realizar transferencias de pagos y otras prohibiciones específicas (Artículos 1109 a 1111 y 1113 a 1114), quedaron comprendidas en el mecanismo sobre solución de controversias entre inversionistas y Estados, conforme a lo dispuesto en el Capítulo XI.

73. También en este caso, las disposiciones relativas a la solución de controversias entre inversionistas y Estados (Artículos 1115 a 1138) “se incorporan a este capítulo [XIV] y forman parte integrante del mismo *sólo* para el caso en que una Parte incumpla los Artículos 1109 a 1111, 1113 y 1114, en los términos de su incorporación a este capítulo” (Artículo 1401(2), cursiva propia).
74. Los principios generales del TLCAN se mantienen en el Capítulo XIV, incluidos los principios de que a un inversionista de un Estado Parte se le debería permitir establecer una institución financiera en el territorio de otro Estado Parte (Artículo 1403(1)), y de que cada Estado Parte debe otorgar trato nacional a los inversionistas de otra Parte (Artículo 1405). Sin embargo, sólo los inversionistas dedicados a prestar servicios financieros en su país de origen tienen derecho a establecer una institución financiera en el territorio de otro Estado Parte (Artículo 1403(5)), y cada uno de los tres Estados Partes adoptó reservas sustanciales respecto del Capítulo XIV, lo que refleja las diferencias existentes en la legislación y las normas en vigor en la época en que se negoció el TLCAN, así como las diferencias en la distribución de la potestad normativa entre los gobiernos nacionales y los gobiernos de los respectivos Estados o provincias. Asimismo, las reservas que se permitió adoptar a México son producto de la insistencia de este país en poner a su sector financiero a resguardo de la dominación por parte de los principales bancos y otras instituciones financieras de los Estados Unidos de América.
75. Las reservas de cada país respecto del Capítulo XIV constan en sendas listas establecidas en el Anexo VII, según lo dispuesto en el Artículo 1409 del texto principal. En el Artículo 2201 del TLCAN se confirma que los Anexos constituyen parte integrante del Tratado y, a juicio del Tribunal, las definiciones y clasificaciones ahí establecidas son de utilidad para interpretar las disposiciones del Tratado.

C. Las sociedades controladoras, ¿son instituciones financieras?

76. La demandante sostiene que la aplicación del Capítulo XIV no es procedente, porque el Artículo 1401 limita el ámbito de aplicación del capítulo (en lo que respecta al presente caso) a las medidas relativas a inversionistas de otra Parte y las inversiones de esos inversionistas en *instituciones financieras* en territorio de la Parte (cursiva propia). En el Artículo 1416 del TLCAN, una institución financiera se define como:

cualquier intermediario financiero u otra empresa que [i] esté autorizada para hacer negocios y [ii] esté regulada o supervisada como una institución financiera conforme a la legislación de la Parte en cuyo territorio se encuentre ubicada.

77. Las obligaciones convertibles en cuestión en el presente caso fueron emitidas por GF BanCrecer, cuya calidad de “sociedad controladora” no es objeto de controversia. La demandante afirma que una sociedad controladora no se ajusta a la definición de institución financiera, porque, conforme a la ley aplicable a los grupos financieros (Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, aquí mencionada como LRAF) no está “autorizada para hacer negocios” y porque no está regulada como institución financiera. La demandante menciona, entre otras cosas, el Artículo 16 de la LRAF, en virtud del cual se prohíbe expresamente a las sociedades controladoras de grupos financieros celebrar operaciones que sean propias de sus subsidiarias financieras, como tomar depósitos, si la subsidiaria es un banco, o emitir pólizas de seguros, si la subsidiaria es una institución de seguros.
78. La demandada, por su parte, afirma que una sociedad controladora de grupos financieros como GF BanCrecer debe contar con la aprobación y autorización del Banco de México, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (aquí mencionada

como SHCP) y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (aquí mencionada como CNBV), de modo que pasa fácilmente la segunda prueba. Además, si bien reconoce que la LRAF hace una distinción entre sociedades controladoras como GF BanCrecer y bancos o instituciones de seguros autorizados a celebrar operaciones directamente con el público, la demandada sostiene que las actividades que las sociedades controladoras de grupos financieros están autorizadas a desarrollar constituyen los negocios que una institución financiera está autorizada a llevar a cabo en el sentido de la definición de institución financiera que figura en el Artículo 1416.

79. El Tribunal ha enfocado la cuestión de si GF BanCrecer es una institución financiera en el sentido del Artículo 1416 del TLCAN desde tres puntos de vista.
80. *En primer lugar*, el Tribunal hace notar que la definición de “institución financiera” establecida en el Artículo 1416 es circular, aunque deja la decisión respecto de la clasificación en manos del Estado en que se encuentre situada la empresa en cuestión. No obstante, el Tribunal observa que el TLCAN contiene capítulos referidos a varios sectores diferentes, como la energía, la agricultura, las telecomunicaciones, la propiedad intelectual y los servicios financieros. Sería verdaderamente extraño llegar a la conclusión de que una sociedad controladora de grupos financieros como GF BanCrecer, dedicada a invertir en bancos e instituciones de seguros, no pertenece al sector de los servicios financieros. Si es una institución o entidad, entonces se debe concluir que, sin dudas, GF BanCrecer es una institución financiera. Igualmente, puesto que no se cuestiona que GF BanCrecer fue regulada y autorizada por uno o más organismos reguladores del Gobierno de México y puesto que la tarea de estos organismos es regular instituciones financieras, según cualquier interpretación basada en el “significado

evidente”, GF BanCrecer no podría encuadrarse en ninguna otra categoría que la de “institución financiera”.

81. La demandante subraya que, para ser calificada de institución financiera de acuerdo con el Artículo 1416, la entidad en cuestión debería estar autorizada a hacer negocios como una institución financiera. La demandante interpreta que ello significa prestar servicios financieros al público. A juicio del Tribunal, ésta es una interpretación demasiado restringida de la definición de institución financiera establecida en el Artículo 1416, que no contiene los términos indicados por la demandante. Antes bien, conforme a la legislación mexicana, una sociedad controladora de grupos financieros expresamente autorizada debe tener una participación mayoritaria en bancos, compañías de seguros y otros proveedores de servicios financieros. Ese es su objetivo mismo y, en tal sentido, está autorizada a hacer negocios como una institución financiera.
82. Debe señalarse también que el Capítulo XIV no se refiere exclusivamente a los intermediarios. También incluye las organizaciones mencionadas en el Artículo 7 de la LRAF, cuya enumeración no es, a su vez, exhaustiva (véase también la Ley de la CNBV). Por otra parte, demandante y demandada coinciden en que la legislación mexicana no define específicamente la expresión institución financiera. En este caso, no obstante los argumentos en contrario planteados por la demandante, al parecer instituciones financieras y entidades financieras son la misma cosa. Cada entidad financiera debe cumplir diferentes normas y los requisitos varían según el tipo de entidad financiera de que se trate. El denominador común es el hecho de que todas ellas operan en el marco de la regulación financiera y que están autorizadas a hacer negocios. Las sociedades controladoras parecen compartir ese común denominador. La legislación que rige la implementación de empresas de servicios financieros de México con arreglo al TLCAN no lleva a una conclusión diferente.

83. *En segundo término*, desde el punto de vista de la concepción del TLCAN, es evidente que los autores excluyeron al sector financiero de importantes partes de las disposiciones generales porque ninguno de los Estados Partes estaba dispuesto a emprender la clase de labor de armonización y desregulación que habría sido necesaria para otorgar a los bancos, las compañías de seguros y las casas de bolsa (así como a otros participantes del sector financiero) el mismo trato que, por ejemplo, las industrias de las bebidas gaseosas, el comercio minorista o la fabricación de calzado. Como se señaló anteriormente, el Capítulo XIV y los anexos aplicables a ese capítulo presentan diferencias sustanciales respecto de las disposiciones generales sobre trato nacional, omiten una disposición sobre “trato justo y equitativo” y limitan la posibilidad de recurrir a arbitraje ante una controversia entre un inversionista y un Estado. Es indudable que todas estas diferencias tienen por objeto dejar margen de decisión a los países, antes que buscar la armonización, y limitar la posibilidad de que inversionistas de otro Estado Parte acudan a mecanismos internacionales de solución de controversias para impugnar las medidas de regulación adoptadas por las respectivas autoridades nacionales.
84. En lo que respecta a México, las sociedades controladoras de grupos financieros estaban expresamente contempladas en la LRAF, sancionada antes de la concertación del TLCAN, y expresamente incluidas en el Anexo al Tratado (véase más adelante). Si las Partes hubieran tenido la intención de excluir la inversión en sociedades controladoras de grupos financieros del ámbito de aplicación del Capítulo XIV, cabe suponer que lo habrían hecho explícitamente. No se menciona ninguna exclusión en ese sentido en el Capítulo XIV ni en el Anexo correspondiente; en cambio, cuando quisieron poner otras medidas de protección que ofrece el TLCAN a disposición de los inversionistas de otra Parte en el sector financiero, los autores lo hicieron directamente, por ejemplo estipulando que el

Artículo 1110 (así como varias otras disposiciones del Capítulo XI) quedaban incorporadas en el Capítulo XIV.

85. El resultado, según entiende este Tribunal, es que las reclamaciones de inversionistas de otra Parte en el sector financiero relativas a regulaciones impuestas por organismos del país receptor se rigen por el Capítulo XIV, y el inversionista extranjero sólo puede plantearlas si cuenta con el apoyo del Estado de origen del inversionista. Si, por otra parte, un inversionista extranjero en una institución financiera presenta una reclamación por expropiación, se podría acudir a las normas y procedimientos estipulados en el Capítulo XI, como ocurre en el caso que nos ocupa.² No hay indicio alguno de que existiera intención de excluir de este esquema a las sociedades controladoras de grupos financieros y agruparlas junto con las inversiones en sectores no financieros.
86. *En tercer lugar*, las definiciones y clasificaciones establecidas en la Lista de México al Anexo VII no avalan los argumentos de la demandante. Después de la descripción de las líneas generales del Anexo VII aplicables a los tres Estados Partes, en la Sección A se define al sector como “Servicios financieros” y se formula una serie de reservas al Artículo 1403 (Derecho de establecimiento de instituciones financieras) y el Artículo 1405 (Trato nacional), vinculadas a determinadas leyes o normas. La primera reserva, relacionada con el Artículo 18 de la LRAF y con los Artículos 11 y 15 de la LIC (Ley de Instituciones de Crédito), se refiere a dos subsectores: Sociedades Controladoras e Instituciones de Banca Múltiple. En particular, la Sección A del Anexo VII limita la suma de la inversión extranjera en sociedades controladoras (así como en instituciones de banca múltiple) al 30% del capital

²

Para evitar cualquier malentendido, este Tribunal afirma que en la presente decisión no se intenta interpretar el ámbito de aplicación del Artículo 1110, ni la posible distinción, conforme a este artículo, entre una apropiación compensable y una medida de regulación que no confiere derecho a compensación.

ordinario, sin perjuicio de las demás salvedades establecidas en las Secciones B y C. Varias de las otras reservas formuladas en la Sección A sólo se aplican a instituciones financieras de otros subsectores, pero hay una que es aplicable a las sociedades controladoras además de a todos los otros subsectores: la prohibición de realizar inversiones que alcanza a los gobiernos extranjeros y las empresas estatales extranjeras, los cuales, de no ser por esa reserva, quedarían comprendidos en la definición de “inversionista de una Parte” que figura en el Artículo 1416.

87. Con respecto a estas dos reservas, en la Lista se reconoce que determinados aspectos de las sociedades controladoras difieren de los de otros subsectores; por ejemplo, la Clasificación Industrial no les es aplicable. Sin embargo, no hay duda de que las reservas formuladas en la Sección A se aplican expresamente a los inversionistas extranjeros en sociedades controladoras, y que estas reservas están dirigidas al Artículo 1403, “Derecho de establecimiento de instituciones financieras”.
88. La Sección B de la Lista de México al Anexo VII, titulada “Establecimiento y operación de instituciones financieras” confirma tanto la distinción entre sociedades controladoras y otras instituciones financieras, como el hecho de que a ambos tipos de instituciones les cabe la denominación de instituciones financieras. En el párrafo 2 se establece el capital máximo a ser autorizado para filiales financieras extranjeras de instituciones de banca múltiple, casas de bolsa y compañías de seguros, respectivamente, y en los párrafos 5 a 7 se fijan límites a la suma del capital extranjero en estas y otras instituciones financieras que se especifican. No se establecen límites al capital extranjero para las sociedades controladoras de grupos financieros que figuran en la Sección B.
89. En el párrafo 14 de la Sección B, México se reservó el derecho de imponer mayores restricciones para establecer filiales financieras extranjeras en México a los

inversionistas de otra Parte dedicados a prestar el mismo tipo general de servicios financieros en su país de origen, de modo que, por ejemplo, una institución de seguros canadiense podría establecer una filial de esa institución en México, pero no un banco ni una casa de bolsa. En el párrafo 5 de la Sección C, no obstante, se estipula que un inversionista de otra Parte que ha establecido o adquirido, conforme a la Sección B, una institución de banca múltiple o una casa de bolsa puede establecer una sociedad controladora de agrupaciones financieras para evitar la restricción impuesta en el párrafo 14 de la Sección B. En vista de que la demandante sostuvo enérgicamente que el párrafo 5 de la Sección C avala su argumento de que una sociedad controladora de agrupaciones financieras no es una institución financiera en el sentido del TLCAN (*véase, por ejemplo, el ¶37 de la opinión de Borja*), se reproduce a continuación el texto completo del párrafo 5 en inglés y en español:

An investor of another Party that in accordance with Section B is authorized to establish or acquire, and establishes or acquires, a commercial bank or securities firm in Mexico may also establish a financial holding company in Mexico, and thereby establish or acquire other types of financial institutions in Mexico, under the terms of Mexican measures.

Un inversionista de otra Parte que conforme a la Sección B sea autorizado a establecer o adquirir, y establezca o adquiera en México, una institución de banca múltiple o una casa de bolsa, también podrá establecer una sociedad controladora de agrupaciones financieras en México, y por ese medio establecer o adquirir otros tipos de instituciones financieras en México, de conformidad con las medidas mexicanas.

90. La demandante alega que “otros tipos de instituciones financieras” se refiere al derecho de la sociedad controladora (si se cumplen las demás condiciones) de adquirir un banco o una institución de seguros o una casa de bolsa, interpretación que el Tribunal no tiene dificultad en compartir. De ello no se desprende, según su interpretación de este párrafo, que una sociedad controladora de agrupaciones financieras no es una institución financiera. Como se señaló anteriormente, en la

Sección B figuran una serie de restricciones al capital máximo autorizado a inversionistas de otra Parte en determinadas instituciones financieras, así como el derecho de imponer mayores restricciones para establecer filiales financieras extranjeras a inversionistas de otra Parte con experiencia en el mismo subsector. El párrafo 5 de la Sección C no hace más que flexibilizar esa restricción para que, mediante una sociedad controladora de agrupaciones financieras, un inversionista calificado de otra Parte pueda diversificar su participación en el sector de los servicios financieros de México. Nada en el párrafo C-5 indica que su finalidad sea contradecir o limitar la clasificación de una sociedad controladora como institución financiera, como se señala en la Sección A.

91. En síntesis, el Tribunal entiende que, en la legislación mexicana, las sociedades controladoras de grupos financieros están reguladas en forma algo diferente de los tipos de instituciones financieras que tienen trato directo con el público, como las instituciones de banca múltiple, las instituciones de seguros y las casas de bolsa. El Tribunal llega a la conclusión, no obstante, de que las sociedades controladoras de grupos financieros establecidas en México son instituciones financieras según la legislación de México, así como también lo son en el sentido del Artículo 1416 del TLCAN, puesto que están autorizadas a operar como instituciones financieras y están reguladas y supervisadas como tales conforme a la legislación mexicana.

D. Las obligaciones subordinadas forzosamente convertibles en acciones materia del presente caso, ¿constituyen capital regulatorio?

92. La conclusión de que una sociedad controladora es una institución financiera en el sentido del Artículo 1416 del TLCAN no basta, sin embargo, para que quede comprendida en el Capítulo XIV, dado que el párrafo 7 del mismo artículo previene:

+

Inversión significa “inversión” como se define en el Artículo 1139, “Definiciones”, excepto que, respecto a “préstamos” y “valores de deuda” incluidos en ese artículo:

- a. un préstamo otorgado a una institución financiera o un valor 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;
93. La demandada ha adoptado la postura de que, en México, las obligaciones convertibles en cuestión se tratan como capital para efectos regulatorios. La demandante, por otro lado, alega que, suponiendo que GF BanCrecer es una institución financiera, esas obligaciones no recibieron el trato de capital para efectos regulatorios porque a la sociedad controladora no se le exigió el cumplimiento de requisitos relativos a la suficiencia de capital. El Tribunal sostiene que las obligaciones convertibles en cuestión constituyen capital para efectos regulatorios en el sentido del Artículo 1416(7)(a) por los siguientes motivos.
 94. Para comenzar, el Tribunal observa que, como aceptan la demandante y la demandada, “capital para efectos regulatorios” no aparece definido en el TLCAN, como tampoco en los trabajos preparatorios disponibles. Por lo tanto, el Tribunal tiene que interpretar esa expresión, como lo exige el Artículo 31(1) de la Convención de Viena de 1969, “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 propósito”.
 95. El objeto y el propósito del TLCAN en general y la inquietud particular sobre el campo de los servicios financieros se examinaron en la Sección B más arriba. El contexto en el que aparece la expresión es el siguiente: “medidas adoptadas o mantenidas por 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(1)).

96. Es necesario, entonces, abordar dos cuestiones. Primero, ¿reciben las obligaciones convertibles en cuestión el trato de “capital” en México? Segundo, si la respuesta a la primera pregunta es afirmativa, ¿está el capital en cuestión sujeto a la regulación de las autoridades financieras pertinentes en México?
97. La respuesta a la primera pregunta es, sin lugar a dudas, afirmativa. El trato de las obligaciones en cuestión como capital de GF BanCrecer parece ajustarse a las Circulares 1158 y 1384 de la CNBV, que constituyen medidas de carácter prudencial.
98. De las copias de los estados financieros auditados de GF BanCrecer correspondientes a los ejercicios de 1995 a 1999, presentados como prueba por la demandada (Documentos probatorios R0257 – R0373), se desprende que durante esos períodos la sociedad controladora de grupos financieros mexicana, en el presente caso, presentó las obligaciones como componente del capital contable. Esos estados muestran también que fueron preparados de conformidad con las normas y prácticas contables aplicables a las sociedades controladoras de grupos financieros mexicanas, como lo indica la Comisión en las Circulares, aunque esas normas y prácticas, como lo señalaron los auditores debidamente autorizados de GF BanCrecer, en algunos casos difieren de los principios de contabilidad generalmente aceptados aplicables en México.³

³ Los auditores han detallado otras referencias a estas diferencias, específicamente a la inclusión de las obligaciones en cuestión como componente del capital contable de GF BanCrecer, en las notas a cada uno de los estados financieros auditados de la sociedad controladora de agrupaciones

99. Si se tomara en cuenta el Acuerdo de Basilea de 1988, es posible que las obligaciones en cuestión no se puedan considerar capital, puesto que no reúnen los requisitos de los instrumentos de capital híbridos (deuda/capital) definidos en el Anexo 1(C)(d) de ese Acuerdo. En particular, en el “Acta de emisión de obligaciones subordinadas denominadas en dólares estadounidenses convertibles forzosamente en títulos representativos del capital del Grupo Financiero BanCrecer, S.A. de C.V.” no se indica que el pago de intereses deba diferirse cuando la rentabilidad de la institución financiera no permita hacer frente a dicho pago (como lo exige el cuarto punto del Anexo 1(C)(d)). Sin embargo, se ajustan, en gran medida, a la descripción suministrada. Este hecho se ve reforzado por la referencia que se hace, en el Acuerdo de Basilea, a “títulos de deuda de conversión obligatoria en los Estados Unidos” como ejemplo de instrumentos que reúnen los requisitos para su inclusión. Cabe señalar también que las obligaciones en cuestión no eran convertibles a opción del tenedor (es decir, la demandante), sino que eran forzosamente convertibles en acciones de GF BanCrecer después de cinco años (la demandante tenía la opción de convertirlas después de cuatro años). En cualquier caso, si bien el Acuerdo de Basilea parece haber sido fuente de inspiración para el legislador mexicano, México no fue parte en él, de modo que el Acuerdo de Basilea no puede considerarse una medida en el sentido del Artículo 201(1) del TLCAN (“medida incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”).
100. Con respecto a la segunda pregunta, como lo señala correctamente la demandante, la regulación del capital de las instituciones financieras por parte de las autoridades se refiere, según se entiende habitualmente, a los requisitos relativos a la suficiencia de capital, en el sentido del capital primario y secundario, la distribución del capital, las

financieras mexicana correspondientes a los ejercicios de 1995 (Nota 6), 1996 (Nota 8), 1997 (Nota 17), 1998 (Notas 5 y 8) y 1999 (Notas 2, 5 y 8). Véase Documentos R0272, R0293, R0326, R0347, R0349, R0366, R0369 y R0371.

deducciones, la relación riesgo-activos, el riesgo de mercado, etc. Al parecer, estos requisitos no existen como tales para el capital de una sociedad controladora en México.

101. Sin embargo, la ausencia de esos requisitos no significa que las obligaciones convertibles en cuestión no sean “regulatorias” en el sentido del Artículo 1416(7)(a) del TLCAN, considerado junto con la regulación mexicana de las sociedades controladoras. En el contexto del Capítulo XIV, el término “regulatorio” debe interpretarse en un sentido más amplio. Tal interpretación está permitida, dado que el texto, cuidadosamente negociado, del TLCAN en general y del Capítulo XIV en particular no se refiere en modo alguno a requisitos relativos a la suficiencia de capital en el sentido descrito más arriba. Antes bien, en el Artículo 1410(1) del TLCAN se apunta a la noción más amplia de normas de carácter prudencial que constituyen la principal razón de ser del capital para efectos regulatorios:

1. Nada de lo dispuesto en esta Parte del Tratado se interpretará como impedimento para que una Parte adopte o mantenga medidas razonables por motivos prudenciales, tales como:

- a) proteger a inversionistas, depositantes, participantes en el mercado financiero, tenedores o beneficiarios de pólizas o personas acreedoras de obligaciones fiduciarias a cargo de una institución financiera o de un prestador de servicios financieros transfronterizos;
- b) mantener la seguridad, solidez, integridad o responsabilidad financiera de instituciones financieras o de prestadores de servicios financieros transfronterizos; y
- c) asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero de una Parte.

102. La LRAF exige que los grupos financieros estén constituidos por una sociedad controladora que posea, como mínimo, el 51% del capital pagado de las subsidiarias y ejerza el control de éstas (LRAF, Artículos 7 y 15). También requiere que los grupos financieros cuenten con la autorización de la SHCP, la cual se otorga previa opinión del Banco de México y la CNBV (o, según corresponda, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas) (LRAF, Artículo 6). La contabilidad financiera de los grupos financieros está sujeta a las reglas emitidas por la autoridad que supervise a la sociedad, la cual es determinada por la SHCP tomando en cuenta cuál es la entidad preponderante dentro de cada grupo financiero (LRAF, Artículo 30). Las circulares aplicables a las instituciones financieras, entre ellas una sociedad controladora, que están sujetas a la supervisión de la CNBV, disponen la forma en que las instituciones financieras deben llevar su contabilidad financiera y presentar sus balances anuales.

103. El Artículo 2 de la Ley de la CNBV (relativo a las “entidades financieras mexicanas” enumeradas en el Artículo 3 de dicha Ley), que incluye a las sociedades controladoras de grupos financieros enuncia los objetivos de la regulación y supervisión de esas sociedades por parte de la CNBV:

... a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento, así como mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo del sistema financiero en su conjunto, en protección de los intereses del público

... procure their stability and due operation, as well as to maintain and promote the healthy and balanced development of the financial system taken as a whole, in protection of the interests of the public ...

104. El Artículo 4 de la Ley de la CNBV confiere a la CNBV, entre otras, las siguientes facultades:

- a) Emitir en el ámbito de su competencia la regulación prudencial a que se sujetarán las entidades financieras (subsección II);
- b) Dictar normas de registro de operaciones aplicables a las entidades financieras (subsección III);
- c) Fijar reglas para la estimación de los activos y, en su caso, de las obligaciones y responsabilidades de las entidades, en los términos que señalan las leyes (subsección IV);
- d) Expedir normas respecto a la información que deberán proporcionar a la CNBV periódicamente las entidades financieras (subsección V);
- e) Emitir disposiciones de carácter general que establezcan las características y requisitos que deberán cumplir los auditores de las entidades financieras, así como sus dictámenes (subsección VI), y
- f) Emitir las disposiciones necesarias para el ejercicio de las facultades que la Ley de la CNBV y demás leyes otorgan a la CNBV y para el eficaz cumplimiento de las mismas y de las disposiciones que con base en ellas se expidan (subsección XXXVI).

105. Asimismo, en el Artículo 6 de la Ley de la CNBV se previene expresamente que las normas de carácter prudencial que dicte la Comisión estarán orientadas a la preservación de la liquidez, solvencia y estabilidad de las instituciones financieras, de conformidad con la ley aplicable:

Para*los efectos de la fracción II del For purposes of Section II of article 4,

artículo 4 la Comisión, de conformidad con lo que establezcan las leyes relativas al sistema financiero, emitirá normas de carácter prudencial orientadas a preservar la liquidez, solvencia y estabilidad de las entidades financieras.

the Commission shall, pursuant to the laws relative to the financial system, issue prudential regulation designated to preserve the liquidity, solvency and stability of financial entities.

106. El capital de una sociedad controladora, que - como se señaló anteriormente- incluye las obligaciones convertibles en cuestión, está sujeto a las regulaciones y supervisión específica, como surge claramente del Artículo 23 de la LRAF:

El capital pagado y reservas de capital de la controladora se invertirá de conformidad con las disposiciones de carácter general que expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en lo siguiente:

The paid-in capital and capital reserves of the holding company shall be invested in the following assets, pursuant to the rules issued by the Secretaría de Hacienda y Crédito Público:

I.- Acciones emitidas por los demás integrantes del grupo. La controladora sólo podrá participar en el capital de sociedades distintas a las participantes del grupo, en casos de incorporación o fusión conforme a lo previsto en el artículo 10 de esta Ley;

I.- Shares issued by the other members of the financial group. The holding company may acquire shares of entities which are not part of the same financial group only in the event of mergers or incorporation of other entities into the financial group, pursuant to article 10 herein;

II.- Inmuebles, mobiliario y equipo, estrictamente indispensables para la realización de su objeto, y

II.- Such immovables, movables, and equipment as are strictly necessary for accomplishment of its purpose, and

III.- Valores a cargo del Gobierno Federal, instrumentos de captación bancaria y otras inversiones que autorice la referida Secretaría.

III.- Securities issued by the Federal Government, banks and other investments as authorized by the Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

IV. Títulos representativos de cuando menos el cincuenta y uno por ciento del capital ordinario de entidades financieras del exterior, previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en los términos y proporciones que dicha Secretaría señale.

IV. Shares representative of at least fifty one per cent of the common capital of foreign financial entities, as may be approved by the Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La controladora solo podrá contraer

The holding company may only incur

pasivos directos o contingentes, y dar en garantía sus propiedades cuando se trate del convenio de responsabilidades a que se refiere el artículo 28 de esta Ley; de las operaciones con el Fondo Bancario de Protección al Ahorro o con el fondo de protección y garantía previsto en la Ley del Mercado de Valores, y con autorización del Banco de México, tratándose de la emisión de obligaciones subordinadas de conversión forzosa a títulos representativos de su capital y de obtención de créditos a corto plazo, en tanto se realiza la colocación de acciones con motivo de la incorporación o fusión a que se refiere el artículo 10 de esta Ley.

La emisión de obligaciones subordinadas se sujetará a lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley de Instituciones de Crédito.

(cursiva propia)

direct or contingent liabilities and may only pledge its assets, in connection with its undertaking of responsibilities referred to in article 28 of this law; in connection with the Fondo Bancario de Protección al Ahorro, or in connection with the protection and guarantee fund contemplated in the Ley del Mercado de Valores., and with authorization from Banco de México, in the issuance of subordinated mandatory convertible debentures or pursuant to short term loans contracted in regard to the merger or incorporation of financial entities into a financial group referred to in article 10 of this law.

The issuance of subordinated debentures shall be made pursuant to article 64 of the Banking Law (Ley de Instituciones de Crédito).

107. En el Artículo 64 de la LIC se dispone lo siguiente:

Las obligaciones subordinadas y sus cupones serán títulos de crédito con los mismos requisitos y características que los bonos bancarios, salvo los previstos en el presente artículo.

En caso de liquidación de la emisora, el pago de las obligaciones subordinadas se hará a prorrata después de cubrir todas las demás deudas de la institución, pero antes de repartir a los titulares de las acciones o de los certificados de aportación patrimonial, en su caso, el haber social. En el acta de emisión relativa y en los títulos que se expidan deberá constar en forma notoria, lo dispuesto en este párrafo.

(...)

La inversión de los pasivos captados a

Subordinated debentures and their coupons shall be credit instruments with the same requirements and characteristics as applicable to banking bonds, except as set forth in this article.

In the event of liquidation of the issuer, payment of subordinated debentures shall be made pro-rata after payment of all other debts of the institution, but before making any payments to shareholders. The pertinent acta de emission, and the debentures as issued shall clearly set out the provisions of this paragraph.

(...)

The investment of monies obtained

través de la colocación de obligaciones subordinadas, se hará de conformidad con las disposiciones que el Banco de México dicte al efecto. Dichos recursos no podrían invertirse en los activos a que se refieren las fracciones I, II y III del artículo 55 de esta Ley, *salvo aquellos que provengan de la colocación de obligaciones subordinadas de conversión obligatoria a títulos representativos de capital.*

from the issuance of subordinated debentures shall be made pursuant to the applicable rules issued by Banco de México. Such monies may not be invested in the assets referred to in Sections I, II and III of article 55 of this law, *except for those obtained from the issuance of subordinated mandatory convertible debentures.*

(cursiva propia)

108. En el Artículo 55 de la LIC se establecen las reglas a las que se sujetarán las inversiones con cargo al capital pagado y reservas de capital de las instituciones de crédito.
109. Las consideraciones expuestas llevan a la conclusión de que el capital de una sociedad controladora como GF BanCrecer, del cual las obligaciones en cuestión forman parte, recibe en México el trato de “capital para efectos regulatorios” en el sentido del Artículo 1416(7)(a) del TLCAN.
110. El Tribunal desea subrayar que ha llegado a la conclusión antes mencionada en el contexto específico del Artículo 1416(7)(a) del TLCAN, la forma en que las sociedades controladoras de grupos financieros están reguladas y supervisadas en México, y la naturaleza de las obligaciones de conversión forzosa en cuestión.

VI. COSTAS

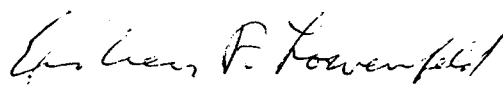
111. Dado que en la presente etapa del arbitraje no se han contemplado peticiones sobre costas, el Tribunal se reserva la decisión sobre las que correspondan a esta etapa.

VII. DECISIONES

112. POR LOS MOTIVOS EXPUESTOS, el Tribunal de Arbitraje adopta las siguientes decisiones:

- 1) RESUELVE que no tiene competencia para conocer de las reclamaciones presentadas por la demandante en virtud de los Artículos 1102, 1105 y 1405 del TLCAN, pero que las reclamaciones presentadas en relación con el Artículo 1110 están dentro de su competencia;
- 2) SE RESERVA la decisión sobre las costas correspondientes a esta etapa del arbitraje;
- 3) DETERMINA que las etapas siguientes del arbitraje serán decididas por el Tribunal después de consultar a las partes.

Hecho en Toronto, Ontario, Canadá, lugar del arbitraje, el 17 de julio de 2003.



Profesor Andreas F. Lowenfeld,
Árbitro



Francisco Carrillo Gamboa,
Árbitro



Profesor Albert Jan van den Berg,
Presidente