

La cláusula de nación más favorecida: una revisión

The Most Favored Nation Clause: a Review

Brigitte Torres Reyes
Investigadora jurídica

Artículo Original (Miscelánea)
RFJ, No. 5, 2019, pp. 175-198, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el artículo aborda, desde una visión jurídico-económica, las relaciones entre Estados para identificar el origen de los excesos en los costos de transacción en este ámbito. Se analizan las decisiones políticas y administrativas tomadas a nivel internacional y los problemas que traen consigo las acciones adoptadas sin un examen racional de la regulación en la materia. Este artículo se enfoca en el estudio de la cláusula de nación más favorecida, figura del Derecho Comercial Internacional consagrada en el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio.

PALABRAS CLAVE: costos de transacción, integración, Derecho Internacional, Desarrollo Económico, Tratados Internacionales.

ABSTRACT: in this article, inter-State relations are approached from a juridical-economic perspective to identify the origin for excessive transaction costs in this area. The political and administrative decisions made at the international level and the problems that come with the actions adopted are analyzed without a rational examination of the regulations in question. This article focuses on the study of the most favored nation clause, a figure of International Commercial Law enshrined in the General Agreement on Tariffs and Trade.

KEY WORDS: transaction costs, integration, International Law, Economic Development, International Treaties.

INTRODUCCIÓN

La cláusula de nación más favorecida forma parte de las instituciones jurídicas que pueden incurrir en el análisis de estudio para la justificación del desarrollo económico; en conjunto con el derecho de integración de los Estados, que se desprende a su vez en mecanismos de gobiernos que tienen como objetivo coordinar de manera más eficiente las transacciones que se susciten.

La preponderancia de la jerarquía normativa juega un papel muy importante dentro de este tópico, pues una institución podrá imperar sobre otra, y , pero de ningún modo dejará su correlación; así se genera una competencia complementaria o alternativa y hace que el desarrollo de los Estados dependa en gran medida del tipo de instituciones que estos posean y de las garantías que permitan su materialización.

De entre los enfoques que se pueden desprender de este escrito, se encuentra el análisis económico del Derecho y sus diferentes perspectivas. Dichas perspectivas buscan regular todos aquellos procesos de comercialización de los Estados, así como procesos políticos y administrativos a través de políticas de gobierno equitativas y solidarias entre los países que conforman una integración. Por lo tanto, toda estrategia buscará crear armonía y fortalecimiento entre las legislaciones inmersas en la misma red de mercado.

Dentro del siguiente artículo se tratará de desglosar, en forma en general, cada una de las temáticas con el objetivo de crear un mayor entendimiento a sabiendas de que cada componente es una institución jurídica individual. Pues como señala Williamson (2009) en su terminología sobre mercados y jerarquías, se busca la eficiencia en el criterio con el cual medir el desempeño, entendido como una forma de economizar costos, atribuyéndolo a formas organizadas.

Por lo mencionado, importante enunciar que son varios los principios y cláusulas que desarrollan la base del sistema de comercio multilateral en pro de un comercio sin discriminación y entre ellos se destaca la cláusula de nación más favorecida, en relación con el trato igual. Es decir, los países bajo ningún concepto pueden ser discriminados entre sus interlocutores comerciales.

Si se favorece a un país con una ventaja especial, se debe favorecer también al resto de países que se encuentren en aquella integración.

En este sentido hay que entender que la globalización nos hace más interdependientes, ya que está en el punto central de los tratados e inversiones que condicionan el avance económico de los países.

De igual forma hay que mencionar que el número de los retrasos que se derivan de la integración es grande. Destacamos la ineficacia de algunas instituciones y el incumplimiento de compromisos, que generan a su vez decaimiento del comercio. Por ende, la aplicación de cláusulas o principios en el sistema económico es inoperante.

La disparidad de las colocaciones económicas, distribuciones geográficas y población de los países de una misma región da como resultado desigualdad tanto en costos como en beneficios. Es ahí donde se debe reactivar la ejecución de las distintas instituciones existentes, ya que si no hay desigualdad no hay desarrollo, pese a que en este sentido la cláusula de nación más favorecida dependerá de la forma en que haya sido elaborada por los Estados y de la redacción de cada uno de los acuerdos de inversión que hayan sido celebrados.

Las herramientas económicas están presentes y su objetivo es evitar cualquier tipo de discriminación al ser instrumentos políticos de defensa comercial.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

El objetivo del presente artículo no es hacer una retrospectiva de tipo histórico de esta institución jurídica, aunque es muy importante tener en cuenta cual ha sido su evolución. Sus inicios se fundaron en el Derecho Internacional como tal y se desarrolló en la época Clásica. Esta cláusula, al formar parte del vasto mundo del Derecho Internacional, abarca una serie de ciencias y de disciplinas que se ligán directamente al comercio y es por eso que los temas económicos tienen una presencia preponderante.

El alcance de esta cláusula desarrolló peso con el paso del tiempo y ahora consolida aspectos mucho más sólidos como la política exterior que manejan los Estados. El desarrollo comercial alrededor del mundo ha permitido la evolución y fortalecimiento de la cláusula de nación más favorecida en nuestros días.

Pese a que esta cláusula tiene una gran influencia en el comercio como ya lo mencionamos, no quiere decir que sea una herramienta económica, más bien es una herramienta jurídica que otorga una garantía: la de no discriminación. Algunos autores consideran que dicha cláusula es un instrumento político, pero no de defensa; sino un instrumento que se maneja de acuerdo a los intereses existentes.

Un antecedente histórico, según Hombeck (1909), se remonta al tratado del 8 de noviembre de 1226, cuando el emperador Federico II concedió privilegios que previamente les había otorgado a los ciudadanos de Pisa, Génova, en Italia a la ciudad de Marsella, e inclusive antes de que este suceso ocurra, en 1055 en Mantua se dio paso a una garantía de costumbres, que previamente habían sido otorgadas a otras ciudades. Algo curioso dentro de lo expuesto hasta aquí es que la cláusula funcionada de forma unilateral y, por ende, se ponía restricción a los beneficios que serían otorgados a terceros; tampoco todas las ciudades tenían acceso a esta; desde siempre la política ha sido un factor que impedía el pleno desarrollo de la cláusula.

Lo mencionado entró en un mejor auge a medida que las relaciones comerciales se practicaban más. Los medios de transporte jugaron un rol fundamental, ya que su impacto fue grande, no solo para esta cláusula, sino también para el desarrollo de las relaciones comerciales e internacionales entre los Estados. Esta cláusula más que ajustarse a los cambios evolutivos de la sociedad, hizo que los Estados se adapten a su modo de ejecución, a su alcance y a sus efectos.

Como explican Carrano y Bonifaz (2008), citados por Schwarzenberger,

(...) la cláusula de la nación más favorecida resultó ser el producto natural del incremento de la actividad comercial y en los momentos que aparecía una posición contraria a este, la cláusula era dejada de lado. No obstante, debido a la importancia que los Estados le reconocían para sus políticas comerciales, esta era nuevamente retomada o lo que equivale a decir que los Estados nunca pudieron abandonarla del todo. (p.162)

La cláusula de nación más favorecida tuvo sus múltiples falencias como dice Schwarzenberger (1945):

(...) the types, formulation and scope of the m.f.n. standar have varied in eight hundred years of history. Yet what is remarkable is not the fact of such fluctuations, but the constant character of the m.f.n. standard. Its permanent use suggests that there is something basic in this international pattern of conduct. It indicates that the m.f.n. standard answers to constant needs of international society, and it suggests that the functions fulfilled by the Standard are not essentially affected by the peculiarities of time and place or by differences in social and economic systems. (p.98)

Los tipos, la formulación y el alcance de la norma m.f.n. han variado en ochocientos años de historia. Sin embargo, lo que es notable no es el hecho de tales fluctuaciones, sino el carácter constante de la norma m.f.n. Su uso permanente sugiere que hay algo básico en este patrón internacional de conducta. Indica que el estándar de respuestas a las necesidades constantes de la sociedad internacional y sugiere que las funciones cumplidas por el Estándar no se ven afectadas esencialmente por las peculiaridades del tiempo y el lugar o por las diferencias en los sistemas sociales y económicos. (p.98)

Se conoce a través de textos históricos que la cláusula de nación más favorecida tuvo afianzamiento como el que le brindo la Sociedad de Naciones después de la Primera Guerra Mundial, otra entidad que ayudó a su consolidación fue el Comité de Expertos para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional. Después de la Segunda Guerra Mundial esta cláusula tuvo más fuerza en diferentes ámbitos como en los foros de Economía, foros de Derecho y de Relaciones Internacionales. Inclusive existen varias relatorías donde se puntualizan los aspectos más importantes de esta cláusula.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

La cláusula de nación más favorecida es asegurable solamente de manera convencional, pues los Estados no están en la obligación de extender privilegios económicos, aunque si tienen la obligación de crear condiciones de paridad en caso de suscribir tratados con este tipo de cláusula. A pesar de que en la realidad si se generan inminentemente privilegios hacia los acuerdos preferenciales, los Estados contratantes tendrán las mismas ventajas que han sido concedidas previamente a otros Estados.

Al requerir el análisis de la cláusula de nación más favorecida como parte de las instituciones jurídicas, que lo que buscan, es tener una respuesta favorable frente al derecho de integración, se pretende llegar a saber cuál es la medida de aplicación de métodos propios del Derecho en el razonamiento económico, con perspectiva en la derivación de procesos transaccionales, sean estos mercantiles o no mercantiles.

Es necesario poder generar herramientas que encaminen el quehacer de las instituciones en una forma conjunta y que de esta manera sean reguladas todas las relaciones internacionales. El verdadero beneficiario es la sociedad, pues el Estado pretende, a través de estas políticas, obtener una disminución en el costo de venta al público y que la producción a gran escala aumente, y así que la economía de un país mejore notablemente.

Pese a lo expuesto, no cabe duda que la aplicación de la cláusula de nación más favorecida adolece de fallas, aunque la mayor de todas es que su aplicación no es total. Uno de los motivos para que esto sea así es que no está direccionada a un sector en específico, pues afecta tanto al sector público como al sector privado, ya que se encuentra en juego el avance económico de un país entero.

Dicha cláusula no solo conjuga una institución jurídica por sí misma, también se liga estrechamente a otras instituciones que por su naturaleza misma son internacionales. A pesar de esto, todas las instituciones jurídicas se conjugan, pues pretenden generar mecanismos de garantía y protección, que mantengan estándares equilibrados en cuanto a comportamientos sociales.

Con la cláusula de nación más favorecida se trata de erradicar la discriminación, pero hay que tener en cuenta que su objetivo no es generar tratos favorables a unos cuantos. Sino busca dar un trato menos favorable, en comparación con algún otro ya otorgado con anterioridad. Si trasladamos todo lo dicho a un contexto actual entendemos que la obligación de la cláusula de nación más favorecida se centra en la no discriminación, vista desde el análisis económico del Derecho. Todo esto genera una naturaleza convencional, pues no es el resultado de una aplicación de normas de Derecho Internacional, pero sí de una institución jurídica.

Con todo lo dicho nos ayudamos de la concepción que nos otorga McNair “although it is customary to speak of the most favored nation

clause, so that any attempt to generalize upon the meaning and effect of such clauses must be made, and accepted, with caution". (p.273). Doctrinariamente no existe un concepto definitivo al respecto, pero en el artículo 4 de Draft Articles on Most-Favored-Nation Clauses (1978) se define como: "a most-favored-nation clause is a treaty provision whereby a State undertakes an obligation towards another State to accord most-favored-nation treatment in an agreed sphere of relations".

Hay que mencionar que la cláusula de nación más favorecida, a más de evitar la discriminación se encarga de generar derechos a los cuales se puede acoger un tercer Estado. De esta forma, tiene una connotación positiva, pero no significa que en todos los casos será así. También, esta cláusula puede ser negativa o lo más sorprendente es que puede llegar a ser ambas a la vez.

Explicamos lo anteriormente dicho en palabras de Carrano y Bonifaz (2008):

(...) será positiva cuando ella señale que el Estado otorgante le concederá al Estado beneficiario aquellos tratos más favorables que le conceda o le hubiere concedido a un tercer Estado; mientras que será negativa cuando establezca que el Estado beneficiario no podrá recibir un trato menos favorable que el que el Estado otorgante le concede o le hubiere concedido a un tercer estado. (p.167).

A más de ello, los autores previamente mencionados identifican una serie de elementos que a continuación citaré de forma textual:

- a) Se trata de una estipulación contemplada en el marco de un tratado.
- b) Puede estar redactada de diversas maneras (positivas, negativas o de ambas maneras).
- c) Le serán aplicables las reglas concernientes al derecho de los tratados.
- d) Es el producto de la voluntad de dos (bilateral) o más (multilateral) Estados parte.
- e) La obligación tiene su punto de partida en el tratado base.

f) El objetivo de la cláusula es conceder a un Estado el tratado de la nación más favorecida.

g) La cláusula puede tener un alcance general o encontrarse restringida. (p.168)

Al llegar a este punto, es necesario mencionar que los tratados en los cuales se establece la cláusula ya no son los unilaterales, su desarrollo ha permitido que estos puedan ser bilaterales o multilaterales.

3. DESARROLLO DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA Y SUS EFECTOS

La cláusula de nación más favorecida como institución jurídica a nivel internacional es dinámica y, a lo largo del tiempo, ha presentado algunos cambios, no a su esencia como tal pero sí cambios sustanciales en cuanto a su valoración. Ya no se encuentra en el mismo contexto que antes: su incorporación era prácticamente instintiva en el momento en que se desarrollaban los tratados, pues su finalidad era otorgar una gran cobertura de protección. Ahora la vemos de forma distinta, pues su campo de aplicación no se mantiene estático, por ende, su extensión varía. Lo que no ha cambiado es que siempre persigue un trato de igualdad.

El rol de los Estados es completamente preponderante, pues estos mismos se encargan de la liberación económica sin dejar de lado las estructuras de derecho que se utilizan para consolidarlo. Dentro de esta consolidación encontramos más connotaciones, ya que la cláusula, vista de otro modo, no es más que una excepción que limita al derecho soberano que poseen los Estados en cuanto a todas sus políticas y las formas que entablan relaciones con diversos Estados. Si no existieran regulaciones sería un completo caos, ya que cada quién sería libre de interponer los términos y condiciones que creyera necesarios.

La cláusula de nación más favorecida, a más de cumplir con su objetivo de limitación o de equilibrio en cuanto a las ventajas que se otorgan entre Estados, es un medio de medida porque a través de este se puede saber cuál es el nivel de liberación que posee un Estado en particular. Las políticas de los Estados se miden en cuanto a las facilidades de desarrollo que poseen y las actividades que realizan, podrán ser políticas más liberales o menos liberales según el caso.

Otro efecto que puede surgir es la liberación, visto desde el sector de la inversión, debido a la instrumentación de la cláusula que genera un cierto tipo de ventaja al beneficiario.

Todo esto emerge por una negación que se encuentra presente en el tratado base, entonces la ventaja de la cuál gozará un Estado principal se trasladará también a un tercero, todo esto sin tener ningún tipo de dependencia con respecto al tipo de instrumento que se haya requerido. Esta cláusula no es algo superficial, pues se inmiscuye a fondo en todo tipo de disposición, inclusive puede topar disposiciones procedimentales.

4. APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

Pese a que la cláusula de nación más favorecida puede adentrarse en varios tipos de disposiciones, todo debe estar reglado y perseguir ciertos límites.

Ya que la cláusula es una sola, tratándola desde un contexto institucional, existen diferentes formas de llegar a su conformación o a la forma de cómo va a ser redactada. Se puede determinar explícitamente cuál será su ámbito de aplicación o a su vez lo puede abarcar de forma general. Según el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1994), NAFTA (por sus siglas en inglés), art. 3, la cláusula de nación más favorecida se encuentra redactada en términos no generales, sin embargo, esta guarda silencio en lo que concierne a los mecanismos de arreglo de diferencias.

En cambio, el Tratado de Libre Comercio (FTAA, 2003) hace referencia a la consolidación de arreglo de diferencias en el caso de que las disposiciones de la cláusula sean relativas. Lo que sí es que en cualquiera de los casos que se haya solidificado la cláusula se debe perseguir un fin fundamental, que es el respetar la voluntad de las partes.

En caso de que los términos en los cuales se haya redactado la cláusula sean generales, es necesario puntualizar las bases que permitirán incluir o excluir actuaciones dentro del ámbito de aplicación. Este es el llamado arreglo de diferencias en disposiciones relativas.

Como lo dice McNair (1971):

...the main task of any tribunal which is asked to apply or construe or interpret a treaty... as the duty of giving effect to the expressed intention of the parties, that is, their intention as expressed in the Word used by them in the light of the surrounding circumstances. (p.274)

La tarea principal de cualquier tribunal al que se le solicite aplicar, interpretar un tratado ... como el deber de dar cumplimiento a la intención expresada de las partes, es decir, su intención como se expresa en la Palabra utilizada por ellos a la luz de las circunstancias circundantes. (p.274)

Efectivamente, la labor interpretativa queda a discreción de los Estados en caso de existir tergiversación. Y los Estados que busquen establecer relaciones, sean estas comerciales o no, delimitarán los costos de transacción que conlleven a todas sus prácticas de inversiones en pro de garantías que beneficien sus propósitos.

Nadie genera inversiones con la finalidad de perder, por ello los acuerdos se consolidan en tratados o convenios que contienen dentro de su mecanismo cláusulas que solucionan posibles problemas, como forma de precaución. Es decir, se compacta la cobertura y el alcance de la seguridad para los Estados en todas las actividades que ejecuten, sea de forma individual o conexas, y se garantiza la protección de sus derechos y actividades.

Como lo dice Herrera (2009) en su artículo para la revista CIVILIZAR:

La observación de los términos de las CNMF a la luz de las normas de interpretación, conduce a interpretarlos con miras a cumplir los objetivos de los acuerdos de inversiones. En otras palabras, la generalidad de los términos all matters y treatment -introducidos en el texto de la CNMF- permitiría, salvo excepción expresa en contrario, la importación de la cláusula de arreglo de diferencias. (p.43)

La misma autora hace referencia a un razonamiento distinto en cuanto a que el mecanismo de la cláusula puede formular disposiciones de fondo “mientras que la cláusula de arreglo de diferencias sea una regla de procedimiento” (p.44).

Por su parte, como lo cita Herrera (2009) en Hamida (2003) se entablan puntos clave en cuanto a los arreglos de diferencias de las disposiciones relativas; apenas se dé el surgimiento de esta cláusula el modo de ejecución se ajusta en cierta parte a lo que los Estados querían y en otra a lo que la doctrina haga referencia. (p.33).

Gaillard (2007), por su parte, considera que el universo de disposiciones que tiene un tratado no podrá verse afectado de ningún modo por la cláusula de nación más favorecida. Si dentro de algún tratado no se cumple con los requisitos de su mera aplicación no podrá considerarse existente algún tipo de beneficio por esta omisión.

5. OBJETO DE LOS DIVERSOS TIPOS DE CLÁUSULAS DE NACIÓN MÁS FAVORECIDAS

Si la cláusula de nación más favorecida es una sola puede desarrollarse de diversas maneras. Todo dependerá en la forma en que esta haya sido redactada o pactada y el ejercicio o la práctica de la misma dependerá de la voluntad de los Estados que hayan adoptado esta medida.

Anzilotti (1935) hace mención lo siguiente:

No hay que olvidar, sin embargo, que, jurídicamente, no existe una cláusula de la nación más favorecida; existen tantas estipulaciones distintas como tratados en los que figure, de tal suerte, que toda cuestión relativa a la naturaleza y a los efectos de la cláusula es, ante todo, una cuestión de interpretación de la cláusula dada en un tratado determinado. (p.383)

Sin importar el tipo de cláusula hay que definir que esta persigue un mismo fin: facilitar tratados a través de políticas en donde ningún Estado contratante resulte afectado. Lo importante es el uso de métodos garantistas. Más allá de que los tratados puedan ser unilaterales, bilaterales y multilaterales, la cláusula puede desarrollarse de distintas formas, aunque también se dé importancia a los condicionamientos, pues de ellos dependerá cómo se desarrolle. Hoy en día se hace énfasis a la cláusula incondicionada, pues brinda mayores beneficios al no tener contraprestaciones de ninguna de las partes que formen parte del tratado.

6. LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA Y SU RELACIÓN CON LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN

Al generarse los costos de transacción se persigue un fin, y este se encamina a poner un alto a la deformación de libre competencia. Williamson (2009) señala una diferencia entre dos costos de transacción, los costos *ex ante* y *ex post*, mismos que tienden a cimentarse dentro de tratados, contratos o cláusulas. A su vez estos son el producto de diferentes tipos de actividades como la información o en otro contexto conocido como el conocimiento, la negociación y la manera en cómo se desarrollan todos los procesos.

Los costos de transacción abren paso al desarrollo de los costos asociados a la búsqueda de personas o de bienes, a la medición de atributos, a los que se encuentran ligados, a los derechos de transferencia y a la negociación de los términos que se hayan implementado en algún tipo de acuerdo. De la misma forma existen otros costos que derivan del seguimiento y de la revisión del cumplimiento de contrato o acuerdo.

Todas las transacciones implican costos, ya que, a diferencia de un mercado sin frotos como el que se entabla en los modelos clásicos de la economía, estas transferencias de bienes y servicios tienen lugar en un contexto de intercambios y acuerdos, en donde las instituciones jurídicas como la cláusula de nación más favorecida hacen presencia. Esta cláusula al igual que otras de su clase buscan desarrollar el comercio en los países en donde se han implantado.

Los costos de transacción tienen múltiples funciones, como las que ya mencionamos anteriormente, pero a más de ello ayudan a distinguir las formas de gobierno en cuanto al intercambio económico, Para que esto se pueda consolidar se parte de diferentes perspectivas que varían gracias a las diferentes estrategias.

Estos costos parten de actividades complejas, de un todo que busca llegar a concretar algo específico, por ende es de gran impacto el incurrir en todos los factores que permiten que un fenómeno se materialice. Todo ello difiere sustancialmente de los costos de producción, ya que se enfoca en algo de mayor cobertura.

Absolutamente todo genera un costo de transacción que se maneja en torno a las dimensiones que la transacción como tal genere, es decir, todos los recursos que se utilizan para implementar una prestación. A

través de la teoría de los costos de transacción podemos ofrecer una mirada integral al incentivo, porque permite que la incertidumbre explique la variabilidad de los resultados que se pretende obtener.

Para llegar a un efecto se parte de elementos como la frecuencia y la especificidad que esplenden las variables del contexto transaccional. Así surgen una serie de interrogantes, la más sobresaliente es cuál es la capacidad de la teoría de los costos de transacción para explicar los incentivos.

7. INTERCAMBIOS Y COSTOS DE TRANSACCIÓN

Una transacción es la transferencia de bienes y servicios a lo largo de una frontera organizacional o, como diría Williamson (2009), “a lo largo de una inter fase tecnológica separable”. Los costos de transacción son un concepto que incluye tanto la noción de intercambio como la noción de contrato.

La noción de intercambio de derechos de propiedad por bienes y servicios no incluye una promesa de responsabilidad a futuro y comúnmente se encuentra tipificada por transacciones en el mercado, a diferencia del contrato o de un acuerdo entre partes, que sí supone una promesa que se consolidará a futuro, ya que una de las partes ha realizado una inversión y su torna depende exclusivamente del comportamiento que tome la otra parte en un futuro.

Este tipo de transacciones sirven para el intercambio de una promesa de desempeño a futuro, explican Alchian, Woodward y Williamson (1988). Entre los objetos centrales de estudio del costo de transacción se hallan la instauración de un convenio entre partes.

El individuo que hace parte de estas transacciones y contratos es un hombre, o son las representaciones a través de organizaciones. Estas transacciones generan límites en cuanto a la creación de resolución de problemas complejos y en cuanto al procesamiento de la información o del conocimiento adquirido, esto de ninguna manera ligado a la irracionalidad en cuanto a los costos de transacción.

Existe gracias a esto y sin duda alguna, individuos con intencionalidad, en otras palabras, individuos intencionalmente racionales y con la capacidad de celebrar por si mismos o bajo su representación

contratos o convenios. Gracias a todo lo mencionado el intercambio podría efectuarse de manera más eficiente, lamentablemente el oportunismo juega un papel muy grande dentro de este desarrollo.

Intrínsecamente en esta temática también intervienen factores, como los ambientales que hacen referencia a mercados no competitivos donde pocos compradores o vendedores negocian cantidades mínimas. En el mundo de la economía esto se conoce como *small numbers bargaining*. Dicho intercambio se realiza en ambientes con altos niveles de incertidumbre y produce un incremento en los costos de transacción.

Esta negociación de cantidades mínimas ocurre no solo porque hay límites a la competencia, sino porque las inversiones específicas a la transacción en términos de conocimiento y equipo, en las relaciones de intercambio, pueden crecer.

La incertidumbre y el intercambio de cantidades mínimas han traído consigo las enormes organizaciones integradas, que han comenzado a tomar el lugar de los mercados; se considera la especificidad como la dimensión crucial de las transacciones. Las otras dos dimensiones serían la incertidumbre y la frecuencia con que se repiten las transacciones. La especificidad en los activos hace referencia al grado en que un activo puede ser reubicado, bien sea para usos o para usuarios alternativos sin sacrificar su valor productivo.

En síntesis, los costos de transacción poseen una aproximación al estudio de las instituciones en el ámbito internacional, en equivalencia a las contribuciones de transacción. Para los economistas va mucho más allá que un estudio tradicional de los mercados: la unidad de análisis es la transacción.

En el modelo económico Arrow-Debreau estas transacciones son completadas a través de “contratos contingentes” en un mercado donde lo que impera es el precio al que los proveedores están dispuestos a suministrar el bien o servicio; en un determinado Estado el mundo es igual al precio al que los consumidores están dispuestos a comprar, más todas las implicaciones que esto conlleva.

8. RELACIÓN ENTRE LA CLAÚSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA Y EL DERECHO DE INTEGRACIÓN

Para Mayorga (1978): “La integración parece tener una propia dialéctica y es, en esencia, un constante y permanente devenir entre el surgimiento de conflictos y su solución. No hay, por consiguiente, rutas fáciles ni caminos cortos. Sólo un reto permanente”. (p.8)

Dentro del derecho de integración encontramos a toda la normativa y a todas las instituciones jurídicas que se encargan de controlar las relaciones existentes entre Estados. A pesar de que el derecho de integración envuelve relaciones múltiples tiene una característica que lo destaca, la autonomía, en cuanto a que cada Estado conforma sus propias estructuras.

La autonomía no existe sola, sino se liga con otras características como la flexibilidad, que permite que los Estados se ajusten a todos los cambios sociales que se generen por el dinamismo en el que se desarrollan. Y aunque el derecho de integración es fuertemente consolidado también destaca por ser simplemente transitorio, ya que dependerá del tiempo de duración y vigencia de los sistemas a los cuales se acoja.

Todo lo que engloba al derecho de integración se focaliza a un fin, si lo vemos desde el punto de vista del análisis económico del derecho su fin es consolidar fuertemente los bloques económicos que produzcan los Estados para la permanencia de sus mercados. Para que la integración de un Estado se exteriorice primero debe estar bien consolidada internamente, dentro de este asunto interfiere en gran medida la política.

Por lo expuesto, el derecho de integración es de mucha ayuda pues facilita las relaciones internacionales. Sin él sería más complicado el consolidar bloques internacionales en todos los aspectos: económicos, sociales, culturales, políticos. Por medio de este derecho es factible la creación de tácticas y estrategias para un mejor desarrollo. En cuanto a lo tratado vale decir que el derecho de integración unido a los costos de transacción y a la cláusula de nación más favorecida proporcionan eficacia en cuanto al surgimiento económico de un país, el crecimiento de una nación primero es interno y luego se expande a modo que todo lo logrado se sienta a nivel internacional.

Esta institución jurídica es central, pues por medio de ella se desprenden más instituciones que contribuyen al desarrollo social en los

distintos países del mundo. Tal es la magnitud o el grado de importancia de esta institución que dentro del Derecho Internacional se lo considera un gran bloque de estudio.

Autores como Malamud (2007) ligan este tema con otras conceptualizaciones:

El Estado contemporáneo está sujeto a dos tipos de tensiones: de fragmentación y de integración. Las primeras tienen causas fundamentalmente políticas y se relacionan con el resurgimiento de los nacionalismos subestatales; las segundas reconocen motivaciones principalmente económicas vinculadas con el proceso de globalización. (p. 97)

Otros autores como Arcaro (2015) nos brindan definiciones mucho más entendibles. Él hace referencia a que los procesos de integración pueden presentar aspectos muy variados como: estructurales, económicos, culturales, entre otros. Su punto de enfoque es que la integración se genera a partir de los derechos humanos, y una vez conformada, forman una sola estructura. Un ejemplo de estas estructuras es el Mercosur, considerado como aquel bloque económico que no arroja una carta de derechos, sino que más bien se maneja por medio de una perspectiva internacional y comparada.

9. ALGUNOS ASPECTOS HISTÓRICOS DE LA INTEGRACIÓN

Los antecedentes que marcan el derecho de integración nos trasladan al antiguo derecho romano; aunque históricamente tuvo más auge posteriormente en la hegemonía de la época de los bárbaros cuando el uso de la fuerza era preponderante. La voluntad y el acuerdo de las partes, en este caso de los Estados, en ese tiempo no se tomaba en consideración. Varios sucesos e hitos históricos han marcado lo que hoy conocemos como derecho de integración a lo largo del mundo. Si nos remontamos a los sucesos ocurridos en nuestro continente tenemos un ejemplo muy claro: la guerra del pacífico. Es aquí que por medio de la integración Perú y Bolivia arraigaron lo que ahora es su territorio.

Claro que este derecho no es algo de la nueva era, más bien es una de las expresiones más antiguas dentro del ámbito del derecho. Incluso en momentos negativos como la Primera y Segunda Guerra Mundial la integración ha estado presente, conformando a aquellos

bloques de guerra que tenían como objetivo el dominio. Aunque este derecho proviene del derecho romano, no existieron estudios en su época y es a través del tiempo que se ha conformado. El lugar donde tiene más fuerza este derecho es en Europa, específicamente, en la Unión Europea. Tal es la conformación de esta institución que existe una constitución vigente, cosa que no existe en América Latina.

10. INTEGRACIÓN ECONÓMICA

La integración económica que surge por la relación entre dos o más países tiene cuatro etapas, según la concepción de Balassa (1961). La primera etapa data de una zona de libre comercio, sin dejar de lado la necesidad de un ámbito territorial, siempre que las aduanas nacionales sean inexistentes o nulas por así decirlo.

Con esto queremos hacer referencia a que los productos de cualquier país miembro tienen la posibilidad de entrar a otros sin tener que pagar ningún tipo de aranceles o impuestos, así es como se llega a pensar que estos fueron vendidos dentro del país de origen.

La etapa dos es la unión aduanera. Consiste en generar un arancel a través del cual se requiera el pago por los productos provenientes de otros países. Gracias a ello los Estados que conformen una integración agruparán a su vez una unidad en el ámbito del comercio y de las relaciones internacionales.

La tercera etapa trata del mercado común y se enfoca exclusivamente en la unión aduanera. Aquí se adhieren instituciones como la libre movilidad de los factores productivos; entiéndase que los mismos son la conformación del trabajo y del capital en un solo cuerpo, también está dentro de lo mencionado la movilidad en cuanto a bienes y servicios.

Todos estos procesos de integración han tenido una evolución que se adecúa a las políticas comerciales que adoptan los Estados y por este motivo conlleva una coordinación de políticas económicas y legislativas. Por último, todo proceso engloba dentro de sí una unión económica, ligada directamente con los costos de transacción. En conformidad con el desarrollo de los procesos, la integración económica genera más efectos sobre diferentes puntos, como en la política y en la economía.

En palabras textuales “la movilidad de personas y la necesidad de armonizar políticas internas y establecer instituciones comunes alimentan las controversias políticas y generan la necesidad de tomar decisiones que exceden el ámbito técnico o económico”. (Malamud, 2011, p. 221)

Scharpf (1996), citado por Malamud (2011), manifiesta que:

Una característica significativa de la integración es su posibilidad de desarrollarse de manera negativa o positiva. La integración negativa hace referencia al desmantelamiento de restricciones a los intercambios transfronterizos y a la distorsión de la competencia, mientras que la integración positiva implica políticas comunes que moldeen las condiciones en que funcionan los mercados. (p.221)

Dentro del derecho de integración se genera un sin número de teorías como el federalismo o el funcionalismo, que son contrarios. Para Mitrany (1996) el enfoque funcional trata de envolver segmentos políticos que poseen dinamismos internacionales para que se consolide la unión de naciones.

9. CLÁUSULAS DEMOCRÁTICAS EN LA INTEGRACIÓN

La integración no solo se encuentra en función del derecho, su análisis se puede extender a diversos ámbitos como la economía o a las estructuras que conforman dicha integración.

En palabras de Arcaro (2015), existe un punto de vista material:

Hay un punto que impregna todos los sistemas de integración de América Latina, esto es, la existencia de cláusulas democráticas en el espectro de su conjunto de reglas. Estas cláusulas democráticas actúan como fuentes legales que establecen normas en el campo que no son fundamentales para el proceso de integración, pero sí establecen un piso de mejora: la existencia y preservación del orden democrático interno de los Estados partes. (p.132)

A lo que queremos llegar es mostrar la existencia de exigencias materiales, ya que sin esta no se puede estructurar las diversas decisiones de negociación. Uniéndose a lo ya mencionado tenemos a la democracia, cuyo objetivo es la consolidación de una integración

fuertemente estructurada. No se basa netamente en el interés que persigue un Estado, ya que cualquiera que sea se encontrará tras de una base en común; tal es el poder de dicha base que, como dice el autor antes mencionado, trasciende no solo en los textos constitucionales nacionales, sino que va más allá de la realidad constitucional de cada uno de los Estados que forman parte en estos procesos.

10. CONCLUSIONES

A través de todas las conceptualizaciones tratadas, llegamos a la conclusión de que la cláusula de nación más favorecida en conjunción con el derecho de integración permite que los costos de transacción de contratos, convenios o tratados sean más bajos, independientemente de que se considere propicia o no la cláusula.

La teoría de costos de transacción explica satisfactoriamente la configuración de todos los medios utilizados para generar una prestación, es decir, estos costos se encuentran presentes en cada escenario, incluido el de las instituciones jurídicas estudiadas. En conformidad con estos costos se percibe que hay un proceso de integración sustancial que interconecta los ordenamientos jurídicos. Por ello, el llamado derecho de integración continúa siendo un desafío para mantener el análisis económico en este ámbito, todo por el modo en cómo el Derecho Internacional y el derecho interno se consagran.

El derecho de integración y los costos de transacción, viéndose desde el enfoque del análisis económico del derecho, permiten que la interpretación de la cláusula de nación más favorecida en el Derecho Internacional se analice desde un punto de vista neurálgico, ya que gira y se entrelaza con varias teorías.

La cláusula de nación más favorecida busca instaurar un ambiente de confianza y de paridad entre los Estados partes; es por su gran alcance que esto no basta y hay que trabajar en conjunto con otras herramientas como la interpretación, por el simple hecho de que esta cláusula no puede transgredir los principios básicos del Derecho Internacional, ni poner en desequilibrio al derecho internacional.

Tal y como lo hemos dicho a lo largo de este artículo, se busca tener un mecanismo a través del cual no exista discriminación alguna y se ligue junto con otras instituciones jurídicas como el derecho de

integración y que en conjunto a los costos de transacción pueda medir el todo de una prestación. De esta forma el derecho y la economía se conjugan para tener una mayor y fuerte preponderancia en todas las políticas que un Estado vaya a acoger para sí.

Al implementar la cláusula de nación más favorecida hay que tener en cuenta los posibles efectos que esta pueda generar, porque al concretarse se extenderá de manera inmediata a todos los demás Estados con los cuales se haya pactado, independientemente de las consideraciones políticas particulares que se tenga con un tercer Estado.

Esta cláusula está en la capacidad de restringir o ampliar su capacidad negociadora con las ventajas y desventajas que ello podría conllevar dependiendo de la parte de que se trate, entendiéndose como parte o partes a los Estados intervinientes.

Este efecto, en teoría, se verá contrarrestado por el carácter recíproco del contrato, convenio o tratado, cuando así se haya pactado, ya que también estarían obligados a otorgarle estos beneficios al Estado que inicial los concedente. Todo esto se ve regulado por la práctica de la cláusula misma y del derecho de integración con el fin de que los costos de transacción que se generen a su paso sean beneficiosos para los Estados contratantes.

11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alchian, A., Woodward, S., y Williamson, O. (1998). The firm is dead; long live the firm a review of Oliver E. Williamson's the economic institutions of capitalism.

Anziliotti, D. (1935). Curso de derecho internacional.

Arcaro, C. (2015). Mercosur, Integración regional y derechos humanos en un proceso multinivel. Estudios constitucionales. Santiago, Vol. 13, No. 2.

Arias, X., y Caballero, G., (2003). Instituciones, costos de transacción y políticas públicas: un panorama. Revista de economía institucional, 5 (8).

Balassa, B. (1961). *The Theory of Economic Integration*, Westport, Conn., Greenwood Press.

Bercholle, J. (2008). *La dinámica política y económica de la globalización, El Estado y la globalización*, Buenos Aires, EDIAR.

Bernárdez, C., Rodríguez, P., López, C., y otros. (2010). *Derecho Internacional Económico*. Marcial Pons.

Carrano, I. y Bonifaz, G. (2008). Los alcances de la cláusula de la nación más favorecida en los acuerdos de inversión. *Revista Ius Et Veritas*. Perú . Perú. Vol. 36.

Draft Articles on Most-Favored-Nation Clauses (1978). Recuperado de http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_3_1978.pdf

Free Trade Of de Americas. (2003). Recuperado de http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/Index_e.asp

Gaillard, E. (2007). Note sous le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements. Sentence sur la compétence du 13 septembre 2006. Telenor Mobile Communications c/ République de Hongrie. *Journal de Droit International*, 134.

Gamboa, F. y Fernández, M. (2005). *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración*. Santiago. LexisNexis.

Hamida, B. (2003). *L'arbitrage Etat-Investisseur étranger. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique. Thèse pour le Doctorat en Droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*.

Herdegen, M. (2005). *Derecho Económico Internacional*.

Herdegen, M. (2005). *Derecho Internacional Público*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Herrera, V. (2009). Efectos sorpresivos de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) en materia de inversiones extranjeras. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/1002/100212247004.pdf>

Hornbeck, S. (1909). The Most-Favored-Nation Clause. *American Journal of International Law*, 3(4), 797-827.

International Law Commission. (1978). *Yearbook of the International Law Commission*. Vol. II. Part II.

Leone, J. (2003). El neoinstitucionalismo y la revalorización de las instituciones. *Reflexión Política*. 5(9).

Londoño, L. (2007). *Derecho Internacional Público*. Pontificia Universidad Javeriana, Vol. 2.

Malamud, A. (2007). Estado. Recuperado de [http://apps.eui.eu/Personal/Researchers/malamud/Estado%20\(Aznar%20y%20De%20Luca\).pdf](http://apps.eui.eu/Personal/Researchers/malamud/Estado%20(Aznar%20y%20De%20Luca).pdf).

Malamud, A. (2011). Conceptos, teorías y debates sobre la integración regional. *Norteamérica, México*, Vol. 6, No. 2.

Martínez, J. (2007). Las instituciones y el desarrollo económico un análisis breve, *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, No. 73.

Mayorga, R. (1978). Mercado Común Centroamericano: Situación actual y perspectivas. *Revista Integración Latinoamericana*. . (8).

McLachlan, C. (2005). The principle of systemic integration and article 31 (3) (c) of the Vienna Convention. *International and Comparative Law Quarterly*, 54(02).

McNair. (1961). *The Law of Treaties*. Oxford: Clarendon Press.

Mitrany, D. (1966). *A Working Peace System: An Argument for the Functional Development of International Organization*, Londres, Royal Institute of International Affairs.

Nolde, B. (1932). La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels, Tomo XXIX, *Recueil des Cours*.

North, D. (1998). Una teoría de la política basada en el enfoque de los costos de transacción. Saiegh, Sebastian y Tommasi, Mariano (comp.). *La nueva economía política. Racionalidad e instituciones*. Buenos Aires, EUDEBA.

Posner, R. (2008). El análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica.

Price, D. (1993). Overview of the NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement, *An. Int'l L.*, Vol. 27.

Richter, R., y Furubotn, E. (1997). Institutions and economic theory: The contribution of the new institutional economics. Ann Arbor: University of Michigan Press.

Rubio, M. (1996). Reglas del juego y costos de transacción en Colombia. Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico. Universidad de los Andes, Colombia, Vol. 8.

Salgado, E. (2003). Teoría de costos de transacción: una breve reseña. *Cuadernos de administración*. 16(26).

Salgado, O. (2010). El ABC del Derecho para la integración. El Surco de la Neo-Integración.

Scharpf, F. (1996). Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States, in Gary Marks, Fritz W. Scharpf, Philippe, C. Schmitter and Wolfgang Streeck, eds., *Governance in the European Union*, Londres, Sage.

Schwarzenberger, G. (1945). The most favored nation standard in British State practice. In: *British Year Book of International Law*. No. 22.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1994). Recuperado de <https://www.nafta-sec-alena.org/Inicio/Textos-jur%C3%ADdicos/Tratado-de-Libre-Comercio-de-Am%C3%A9rica-del-Norte>

Vera, C. (2006). Comercio, inversión directa y políticas productivas. United Nations Publications, Vol. 16.

Williamson, O. (2009). Las instituciones económicas del capitalismo.

Recibido: 21 de febrero de 2018

Aceptado: 21 de agosto de 2018

Brigitte Torres Reyes: Investigadora jurídica

Correo electrónico: btr437@gmail.com