

InDret

Tres transaccions: la indústria del tabac, Microsoft i «Mar Egeo»

Pablo Salvador Coderch

Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

Juan Antonio Ruiz García

LL.M. Program
University of California at Berkeley
Boalt Hall

José Piñeiro Salguero

Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

Antoni Rubí Puig

Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper núm: 115
Barcelona, gener de 2003
www.indret.com

Abstract

L'editor executiu d'InDret afirmava al darrer número que "[L]a inmensa mayoría de los conflictos se resuelven extrajudicialmente: en la realidad social, las partes hacen y soportan casi todo antes de verse abocadas a la maldición de un litigio judicial" (Pablo Salvador Coderch, "[ABC de la transacción](#)", InDret 04/2002).

Aquest treball descriu tres acords extrajudicials de gran repercussió econòmica, social i legal: els dos primers, ocorreguts als EUA, afecten activitats quotidianes de milions de persones i que mouen cada any milers de milions d'euros (la fabricació i distribució de cigarretes i la d'ordinadors personals). El tercer i darrer és el referit a la catàstrofe ecològica provocada pel naufragi del «Mar Egeo», un petrolier que encallà el [13 de desembre de 1992](#) davant la Torre de Hércules a l'entrada del Port d'A Coruña.

Sumari

1. [El Tobacco Settlement de 23.11.1998: Mississipi i altres Estats contra la indústria tabaquera nord-americana](#)
2. [Microsoft Settlement de 12.11.2002: el Govern Federal dels EUA i altres contra Microsoft Corporation](#)
3. [La transacció del «Mar Egeo» en el Reial Decret-Llei 6/2002, de 4 d'octubre: perjudicats pel sinistre contra l'Estat espanyol i altres](#)

1. El *Tobacco settlement* de 23.11.1998: Mississipi i altres Estats contra la indústria tabaquera nord-americana.

La litigació contra la indústria tabaquera als EUA pels danys derivats del consum de tabac té mig segle d'història¹. En aquest període podem distingir clarament tres onades, que representen cadascuna d'elles l'aplicació d'estratègies i teories legals diferents². Les dues primeres (1950-1965, i 1983-1991), caracteritzades –entre d'altres coses– perquè els actors eren litigants individuals, van ser un complet èxit per a la indústria del tabac, que no pagà cap centau en indemnitzacions. Això no obstant, a la darrera (1994 – actualitat), a més d'actors particulars –individusals o agrupats en accions de classe– trobem els governs dels Estats de la Unió, que van decidir-se a reclamar a la indústria tabaquera el rescabament de les despeses sanitàries incorregudes en el tractament de malalties presumptament relacionades amb el consum de tabac. A la litigació entre aquests Estats i la indústria tabaquera és al que fem referència tot seguit.

Així, el 23 de maig de 1994, dues setmanes escasses després de la divulgació dels *cigarette papers*³, vint-i-dos Fiscals Generals (*State Attorney General*) d'altres tants Estats Federals iniciaren plets en què exigien el rescabament de les despeses mèdiques derivades del tractament de malalties presumptament relacionades amb el consum del tabac.

La Llei Federal d'Ajudes Mèdiques (*Medicaid Statute*), codificada al **Títol 42 del *United States Code***, entrà en vigor el 31 de març de 1968 i estableix que és responsabilitat dels Estats:

“[T]o ascertain the legal liability of third parties . . . to pay for care and services available under the [State's Medicaid] plan.” (42 U.S.C. 1396a(a)(25)(A)), definint els tercers com a “any individual, entity or program that is or may be liable to pay all or part of the expenditures for medical assistance furnished under a State plan.”

¹ *El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil*, Juan Antonio RUIZ GARCÍA i Pablo SALVADOR CODERCH, InDret 03/2002 i 04/2002.

² *Reducing Tobacco Use: A Report of the Surgeon General, 2000*. Atlanta, U.S Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, National Center for Chronic Disease, Prevention and Health Promotion, Office on Smoking and Health, 2000. http://www.cdc.gov/tobacco/sgr_tobacco_use.htm

³ El 12 de maig de 1994, una caixa amb 4.000 pàgines de documents d'índole diversa -coneguts com a *cigarette papers*- i que pertanyien a Brown & Williamson Tobacco Company, fou enviada anònimament al professor **Stanton Glantz**, catedràtic de medicina de la University of California at San Francisco, qui –junt amb d'altres autors - publicà un llibre al respecte: *The Cigarette Papers*, Stanton A. Glantz, John Slade, Lisa A. Bero, Peter Hanauer, Deborah E. Barnes. The University of California Press, June 1996. Segons els autors, aquests papers permetrien fonamentar reclamacions per frau i concert dolós per part de la indústria tabaquera amb el fi d'ocultar informació sobre les conseqüències del consum de tabac. Segons Stanton A. Glantz, les companyies tabaqueres coneixien els riscos per a la salut derivats del consum de tabac ja des de principis dels anys cinquanta (Brown&Williansom, 1952; Ligget el 29.3.1954; RJ Reynolds en 1956; Philip Morris en 1958; i BAT en 1959.) i, malgrat això, ometien les advertències pertinents.

Segons aquesta Llei i la Llei Federal de Seguretat Social (*Social Security Act, Sections 1902(a)(25) i 1903(d)*), els Estats estan legitimats per a reclamar judicialment als tercers la restitució de totes les despeses mèdiques que aquells han hagut de pagar com a conseqüència del comportament del causant del dany. I així ho van fer en el cas del tabac, en reclamar de la indústria tabaquera el rescabament de totes les despeses sanitàries que els havia generat el tractament de malalties relacionades amb el tabac.

Michael Moore, Fiscal General de l'Estat de Mississipi, presentà la [primera demanda](#) en què reclamava el rescabament d'aquestes despeses a The American Tobacco Company; American Brands, Inc.; R.J. Reynolds Tobacco Company; RJR Nabisco, Inc.; Batus Corporation; Brown & Williamson Tobacco Corporation; Philip Morris Companies Inc.; Philip Morris Incorporated (Philip Morris U.S.A.); Liggett Group, INC.; Liggett & Myers, Inc.; Brooke Group, Ltd.; Lowes Corp.; Lorillard Corp.; The Council for Tobacco Research--U.S.A. Inc. (Successor del Tobacco Institute Research Committee); The Tobacco Institute, Inc.; Hill & Knowlton, Inc.; Corr-Williams Tobacco Company; Generic Products Corp.; Laurel Cigar & Tobacco Company, Inc.; Long Wholesale, Inc.; The Lewis Bear Company; i Wigley and Culp, Inc. of Gulfport Mississippi.

Van continuar, una rera altra, quaranta demandes dels quaranta-nou Estats restants de la Unió. En totes elles, els antecedents de fet eren essencialment els mateixos: la indústria del tabac havia conspirat per a amagar:

1. La naturalesa addictiva de la nicotina, i
2. Que fumar causa diferents malalties.

I dos van ser els fonaments de dret emprats pels Estats:

1. L'Estat no hauria assumit el risc de fumar perquè simplement és un espectador que es limita a pagar els tractaments de les malalties dels seus ciutadans relacionades amb el tabac i, per tant, les tabaqueres no podrien al·legar assumpció voluntària del risc (però aprecieu que, indirectament, l'al·legació de l'excepció podria servir per a interrompre el regrés causal).
2. Els Estats podrien demostrar amb els *cigarette papers* i amb els documents de Liggett & Myers que la indústria del tabac hauria conegut els problemes de salut associats al consum de tabac, els hauria ocultat i, a més, hauria manipulat els nivells de nicotina dels seus productes per a mantenir l'addicció dels fumadors.

Tres anys després, el 20 de març de 1997, una de les companyies de la indústria demandada, Liggett & Myers Corporation (després Liggett & Myers), modificà l'estratègia tradicional de rebutjar acords transaccionals i acordà transigir amb els Estats demandants. Liggett & Myers era una de les companyies més petites i per a evitar dificultats financeres entengué que no podria arriscar-se a un judici massiu. En l'[acord transaccional](#), a canvi

d'una càrrega financera comparativament lleugera, Liggett & Myers reconegué la causació d'alguns danys i lliurà documents interns sobre la manera d'actuar de la indústria.

Bennett LeBow, CEO de Liggett & Myers, afirmà públicament que:

“I am, and have been for a number of years, a Director of Liggett Group Inc., a manufacturer of cigarettes. Cigarettes were identified as a cause of lung cancer and other diseases as early as 1950. I, personally, am not a scientist. But, like all of you, I am aware of the many reports concerning the ill-effects of cigarette smoking. We at Liggett know and acknowledge that, as the Surgeon General and respected medical researchers have found, cigarette smoking causes health problems, including lung cancer, heart and vascular disease and emphysema. We at Liggett also know and acknowledge that, as the Surgeon General, the Food and Drug Administration and respected medical researchers have found, nicotine is addictive (...). Liggett acknowledges that the tobacco industry markets to “youth”, which means those under 18 years of age, and not just those 18-24 years of age. Liggett condemns this practice and will not market to children”.

Pocs mesos després, les altres companyies de la indústria iniciaren unes llargues negociacions amb els Fiscals dels Estats. El 20 de juny de 1997, en un document conegut com a “[Proposta de Resolució \(Proposed Resolution\)](#)” i publicat només als efectes de discussió (*The proposed resolution was released for settlement discussion purposes only*), la indústria oferí pagar 368.500 milions de dòlars (un augment de l'impost en 0'62\$ en el preu de cada paquet) durant un període de 25 anys als Estats demandants, incloure nous advertiments en els paquets de cigarretes, restringir la seva publicitat i controlar la venda de productes a menors d'edat, a canvi que els Estats prestessin el seu suport a un projecte de llei federal que oferís immunitat a la indústria tabaquera davant de demandes estatals, accions de classe i reclamacions per danys punitius.

La Proposta de Resolució era un document polític i, com a tal, en el debat parlamentari que el seguí, fou objecte de nombrosos canvis. A partir de la tardor de 1997 els legisladors començaren a rebre esmenes a la proposta inicial i a preparar versions alternatives. Així:

- El novembre de 1997, el senador per Massachussets [Edward M. \(Ted\) Kennedy](#) proposà augmentar l'impost fins a 1'50\$ per paquet –*Kennedy Bill*–, cosa que implicava, en termes reals, un augment del cost per a la indústria de 368.500 milions a quasi 600.000 milions.
- El gener de 1998 el president Clinton, qui també volia recuperar els costos sanitaris federals derivats del consum de tabac, proposà un augment de l'impost federal d'entre 0'50 i 0'60 \$ per paquet.
- El 28 de març de 1998 el senador per Arizona [John McCain](#) proposà augmentar el cost per paquet en 1'10 \$ i denegar a la indústria tot tipus d'immunitat –*McCain Bill*–, proposta acceptada pel Senat, que a l'abril de 1998 rebutjà per 79 vots contra 19 la concessió d'immunitat en responsabilitat civil a la indústria tabaquera.

El juny de 1998, degut als nombrosos canvis que s'havien fet sobre la proposta inicial, la indústria del tabac retirà la seva oferta. En paraules de Martin Broughton, aleshores CEO

de *British American Tobacco*, “If that’s all that’s on the table, forget it. End of story”. (Washington Post, April 4, 1998, p. A4), i no s’arribà a cap acord.

En l’interval, l’Estat de Mississipi, que havia estat el primer en litigar, també fou el primer en acordar una transacció amb la indústria. El 2 de juliol de 1997 Mississipi transigí amb quatre companyies (R.J. Reynolds Tobacco Co.; Brown & Williamson Tobacco Corp.; Philip Morris Inc. (Philip Morris U.S.A.); Lorillard Corp.) per 3.600 milions de dòlars (“The Settlement Agreement will provide for the resolution of all past and future claims of the type described above against all defendants. The defendants will be released from all such claims by the State of Mississippi”). Tres Estats més transigiren després de forma individual: Florida ho va fer el 25 d’agost de 1997, per 11.300 milions; Texas, el 16 de gener de 1998 per 15.300 milions; i finalment, Minnesota ho feu el 8 de maig de 1998, per 6.600 milions.

El 23 de novembre de 1998, els restants quaranta-sis Estats firmaren un acord transaccional amb R.J. Reynolds Tobacco Co., Brown & Williamson Tobacco Corp., Philip Morris Inc. (Philip Morris U.S.A.) i Lorillard Corp., conegut com a *Master Settlement Agreement* o Acord Marc, per un import total de 206.000 milions de dòlars, a pagar en els següents 25 anys. A aquests s’hi havien d’afegir els 36.800 pactats en transaccions amb els quatre Estats que no van ser part del conveni marc. En total, per tant, la transacció entre la indústria tabaquera i els cinquanta Estats té un import nominal –després caldrà introduir les elementals correccions financeres– de 242.800 milions de dòlars (uns 270.000 milions d’euros)⁴.

Com a conseqüència de l’acord, la indústria obtingué immunitat davant de demandes provinents dels Estats, però no s’hi establí cap restricció a les possibles accions iniciades per particulars, de forma individual o col·lectiva, ni molt menys s’hi limitaven les possibles responsabilitats per danys punitius. Així:

“Section 4. *Release*.

(a) Each person or entity identified in Exhibit S to the Agreement by the Attorney General of the State of STATE [or as certified by the office of the governmental prosecuting authority for the Litigating Political Subdivision] hereby irrevocably releases the Original Participating Manufacturers and all Related Persons from any and all claims that such person or entity ever had, now has or hereafter can, shall or may have in any way related to the Action (including but not limited to any negotiations related to the settlement of the Action). Such release shall not be construed as a release of any person or entity as to any of the obligations undertaken herein in connection with a breach thereof”.

És important destacar, com ha fet W. Kip Viscusi, que la major part dels diners obtinguts pels Estats com a conseqüència de l’aplicació de l’acord marc no haurà de destinar-se, ni de

⁴ Per una visió crítica sobre la decisió de transigir i els seus efectes, vegeu W. KIP VISCUSI, *Smoke-Filled Rooms. A Postmortem on the Tobacco Deal*. The University of Chicago Press, 2002, p. 37 i ss.

fet, s'està destinant, a la prevenció, control i tractament dels riscos imputats al consum de tabac. Només entre el 5 i el 7 % dels diners rebuts s'està destinant a programes relacionats amb el tabac.

Així ho disposa el [§ 1396b\(d\)\(3\)\(B\)\(ii\) del Medicaid statute 42 U.S.C.](#):

“[A] State may use amounts recovered or paid to the State as part of a comprehensive or individual settlement, or a judgment, described in clause (i) for any expenditures determined appropriate by the State.”

I així ho ha confirmat la sentència del Tribunal d'Apel·lacions del Novè Circuit de 18 de novembre de 2002, en el cas *Cardenas v. Anzai* (No. 01-15297. [United states Court of Appeals for the Ninth Circuit](#)): l'Estat de Hawai, receptor de 1.380 milions de dòlars procedents del *Tobacco Settlement*, ha creat un pla d'ajudes segons el qual només el 12,5% dels fons rebuts serà destinat al tractament, control i prevenció de les malalties relacionades amb el tabac. Els actors del cas, fumadors i beneficiaris del pla esmentat, demanden que, ja que el diners rebuts per l'Estat excedeixen la seva despesa en el tractament de les malalties causades pel tabac, aquest excés s'ha de distribuir entre ells. Ni el tribunal d'instància ni el d'apel·lacions els donaren la raó:

“[T]obacco settlement funds received by a State may be used for any expenditures deemed appropriate by the State”.

En l'exercici del 2002 només cinc Estats (Arizona, Maine, Massachusetts, Mississippi i Minnesota) dedicaren el mínim recomanat pel CDC a la prevenció del consum de tabac. La resta, en diferents proporcions, ha dedicat i dedicarà la suma rebuda a altres finalitats que no tenen res a veure amb la prevenció i el tractament del tabaquisme, simplement equilibraran altres partides dels seus pressupostos⁵.

El valor actual dels pagaments a realitzar durant els pròxims anys fins al 2003 i, posteriorment, en relació amb algunes partides, equival, segons el propi Viscusi, a 150.000 milions de dòlars d'avui, utilitzant una taxa de descompte del 3 %. Una bona mesura de magnitud a què fem referència la proporciona el fet que les primes d'assegurances per responsabilitat civil pagades per les empreses americanes a les seves companyies d'assegurances el 1997, un any abans de la firma de l'acord marc, era de 20.000 milions de dòlars (“*Indeed, total general liability premiums paid by all U.S. firms for insurance of all liability risks were only \$20 billion in 1997*”), més o menys el doble del que la indústria tabaquera i els seus consumidors –el 23'5% de la població adulta americana– hauran de pagar cada any en compliment de l'acord marc⁶. Amb això, el tabac passa de ser un problema mèdic a ser un problema de política sanitària, de dany a rescabament.

Les quantitats pagades per la indústria als Estats es reparteixen entre ells d'acord amb uns percentatges que no reflecteixen, en alguns casos ni tan sols aproximadament, els percentatges de sobre costos mèdics relacionats amb el consum de tabac a cada Estat. Les

⁵ W. KIP VISCUSI, op. cit., p. 55 i ss.; *Saved by smokers*, The Economist, November 22, 2001, i *Show us the Money: an Update on the States' Allocation of the Tobacco Settlement Dollars*. <http://tobaccofreekids.org/reports/settlements> Gener 2002.

⁶ W. KIP VISCUSI, op. cit., p. 44.

diferències semblen, en canvi, respondre al control que els Fiscals Generals d'alguns Estats –com ara Christine Gregoire, de Washington— aconseguiren sobre les negociacions que conduïren a l'acord.

Així, per exemple, en alguns dels Estats que firmaren el *Master Settlement Agreement*,

State	Percentage Share of Medical Cost	Percentage Share of Settlement	Payment Share Divided by Medical Cost Share
California	8.551	12.997	1.520
Hawaii	0.212	0.613	2.886
Montana	0.244	0.432	1.774
New York	15.170	12.995	0.857
North Dakota	0.211	0.373	1.764
Washington	1.498	2.091	1.396
West Virginia	0.978	0.903	0.923

Font: W. Kip Viscusi, op. cit., p. 46.

Entre la indústria i els Estats hi ha els advocats i els seus honoraris. Així, els advocats que representaren l'Estat de Mississipi, que liderà el procés, reberen 1.430 milions de dòlars, això és, el 35% de la part corresponent a l'Estat en qüestió. Els de Florida 3.430 milions (25%) i els de Texas 3.300 milions (19%). Una única firma legal, *Ness, Motley, Loadholt, Richardson and Poole*, representà a 26 Estats.

2. Microsoft Settlement de 12.11.2002: el Govern Federal dels EUA i altres contra Microsoft Corporation

Tots els lectors d'InDret coneixen Microsoft. De fet, quasi el 76% d'ells utilitzen el seu navegador (Internet Explorer) com a eina per a llegir aquesta revista, i el 93% té "Windows" com a sistema operatiu.

L'ordinador personal (*Personal Computer*, o PC) fou inventat el 1974 per Ed Roberts, propietari de [MITS -Micro Instrumentation Telemetry Systems](#), una petita empresa d'Albuquerque (New Mexico, EE.UU)-, el model [Altair](#) del qual fou el primer ordinador ideat per a ús domèstic. El van seguir, el 1977, el [Commodore PET](#) (Commodore Business Machines), el [Tandy TRS-80](#) ([Tandy Corporation -RadioShack-](#)) i l'[Apple II](#) ([Apple](#)). Tanmateix, la popularitat del PC arribà l'agost de 1981, amb el llançament al mercat de l'IBM-PC, model desenvolupat per [IBM -International Business Machines-](#), més lleuger, barat, ràpid i amb major capacitat de memòria. El seu processador ([Intel 8088](#), inventat per [Intel](#)) i el seu sistema operatiu ([MS-DOS -Microsoft Disk Operating System-](#)) contribuïren de forma decisiva a l'èxit del model d'IBM, que en poc temps se situà com a líder indiscutible del mercat d'ordinadors personals, amb els beneficis consegüents per a les tres empreses implicades en el projecte.

Des que fou fundada per Paul G. Allen i Bill Gates a Seattle el 1975, Microsoft ha centrat els seus objectius en crear sistemes operatius per a ordinadors personals. Després del llenguatge BASIC (1975, dissenyat per al model Altair) i el MS-DOS (1981, per a l'IBM-PC), arribà "Windows" (1985, compatible amb qualsevol PC), que es convertí en el sistema operatiu més emprat del món, amb una quota actual de mercat de més del 90%.

Un ordinador no pot realitzar cap funció sense un sistema operatiu, una plataforma sobre la qual s'executin els programes informàtics. El mercat de sistemes operatius es defineix per ser d'**economia d'escala**. Els costos fixos de crear un programa són molt alts i, un cop creat, es converteixen en "**sunk costs**", ja que no poden utilitzar-se per a cap altra finalitat i la seva distribució és relativament barata. A més, els programes dissenyats per a executar-se en un sistema operatiu només funcionen en un altre si, prèviament, han estat "importats", cosa que resulta costosa en temps i requereix el coneixement d'un conjunt de dades que ha de facilitar el creador del sistema. Els usuaris escolliran el sistema en què puguin executar un nombre més gran de programes, cosa que farà, alhora, que els programadors, l'objectiu dels quals és vendre un nombre més gran de còpies possible dels seus programes, els desenvolupin per a funcionar en el sistema operatiu utilitzat per la majoria de consumidors.

En tant que Windows és el sistema operatiu utilitzat per quasi tots els usuaris d'ordinadors personals i, així, aquell per al qual existeix un nombre més gran de programes, els fabricants consideren necessari preinstal·lar-lo als seus ordinadors, amb la contractació prèvia de la llicència de Microsoft. A més, una icona a l'escriptori d'un ordinador personal amb sistema operatiu Windows proporciona un incalculable valor promocional i distributiu per a qualsevol proveïdor de serveis i programes.

Per a aconseguir aquesta elevada quota de mercat, Microsoft incorregué en un conjunt de pràctiques comercials que els representants⁷ de la Divisió *Antitrust* del Departament de Justícia del govern dels EUA consideraren com a excloents de la competència, motiu pel qual, el 18 de maig, demandaren Microsoft, el major fabricant mundial de programes informàtics o *software* (*United States v. Microsoft Corp., No. 98-1232 (DDC)*).

No era la primera vegada que el Govern Federal dels EUA demandava Microsoft per comportaments anticompetitius: ja ho va fer el [15 de juliol de 1994](#), per motius semblants, davant del mateix tribunal i amb el mateix jutge que ha conegut del cas que ara ens ocupa ([Thomas Penfield Jackson](#), Jutge Federal del Districte de Columbia). Després de l'acord final de 21 d'agost de 1995, que conclougué el plet esmentat, Microsoft no complí l'acordat, i el 20 d'octubre de 1997 els actors exigiren al Tribunal la declaració que Microsoft incomplí la decisió (*Petition by the United States for an order to show cause why respondent Microsoft Corporation should not be found in civil contempt*). Aquest es pronuncià l'11 de desembre de 1997 i adoptà una mesura cautelar ("*preliminary injunction*", obligar Microsoft a no vincular las llicències de Windows amb la preinstal·lació i distribució d'Internet Explorer), que fou incomplida de nou i apel·lada per Microsoft (entre d'altres coses perquè la mesura afectava el nou sistema operatiu Windows 98, quan tot el procés s'havia referit a Windows 3.1 i 95; i perquè el jutge Jackson havia adoptat una mesura cautelar quan les parts li havien sol·licitat una declaració d'incompliment (*contemp*) i una decisió definitiva de no fer (*permanent injunctive relief*). El 12 de maig de 1998 el Tribunal d'Apel·lacions del Districte de Columbia estimà el recurs de Microsoft i suspengué la mesura adoptada pel jutge d'instància. La reacció dels actors fou la demanda que ara ens ocupa.

⁷ Entre d'altres A. Douglas Melamed (Principal Deputy Assistant Attorney General for Antitrust Division) o David Boies (conseller especial).

A la **demanda**, al·legaren que la part demandada havia incorregut en pràctiques anticompetitives en violació dels **§§ 1 i 2 de la Sherman Antitrust Act** (15 United States Code §§ 1 i 2), una llei federal aprovada el 1890 amb la finalitat de prevenir i reprimir activitats restrictives de la competència en el mercat interestatal nord-americà⁸.

§ 1 Sherman Act, 15 U.S.C. § 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

§ 2 Sherman Act, 15 U.S.C. § 2. Monopolizing trade a felony; penalty

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

En concret, la **demanda** afirmava que Microsoft:

1. Havia vinculat els seus programes al sistema operatiu “Windows”, de forma que només contractava llicències de Windows amb els fabricants d’ordinadors si aquests preinstal·laven i distribuïen Internet Explorer (el navegador desenvolupat per Microsoft) i mantenien les icones, sons i aparença creats per Windows. D’aquesta manera, cada ordinador venut amb el sistema operatiu de Microsoft incloïa de franc i a la força Internet Explorer i, amb independència del fabricant del *hardware*, pràcticament tots els usuaris d’ordinadors personals tenen el mateix escriptori, escolten els mateixos sons i veuen les mateixes icones quan encenen, utilitzen i apaguen llurs ordinadors.

“[A]greements tying other Microsoft software products to Microsoft’s Windows operating system”

2. Havia adoptat acords -excloents de la competència- amb altres empreses en què

⁸ Aquesta norma fou la que aplicà el Tribunal Suprem dels EUA per a dividir uns altres dos gegants de la indústria nord-americana, com són *Standard Oil Co. of New Jersey* de John D. Rockefeller (*Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619, (1910)) i *American Tobacco Company*, de James Buchanan Duke (*U.S. v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911)).

a) Impedia o evitava el dret de les empreses signants a oferir serveis prestats o programes desenvolupats per competidors, reals o potencials, de Microsoft.

[E]xclusionary agreements precluding companies from distributing, buying or using products of Microsoft's software competitors or potential competitors.

b) Restringia la distribució, promoció, compra o utilització de productes diferents dels fabricats per Microsoft.

[E]xclusionary agreements restricting the right of companies to provide services or resources to Microsoft's software competitors or potential competitors.

El mateix dia que el Govern Federal, 20 Estats⁹ i el Districte de Columbia presentaren una altra demanda al·legant violacions similars tant de dret federal com de dret estatal.

La competència per a conèixer de les violacions de la *Sherman Act* és dels tribunals federals de districte (§ 4 *Sherman Act* (15 U.S.C.) i §§ 1331 i 1337 (28 U.S.C.)). En aquest cas, ja que l'actora té la seva seu a Washington D.C, que pertany al **Districte de Columbia**, i que la demandada comercia i té oficines en aquest districte (**Microsoft MidAtlantic Offices** i **Microsoft Government Offices**) la competència va recaure sobre el Tribunal Federal d'aquest Districte.

Thomas Penfield Jackson, Jutge Federal del Districte de Columbia a qui aleatòriament (segons la **regla 40.3 de les Local Civil Rules of the United States District Court for the District of Columbia**) correspongué resoldre el cas, acumulà –a petició de Microsoft- ambdues demandes el 22 de maig de 1998, i quasi un any i mig després, el 5 de novembre de 1999, presentà els seus **antecedents de fet** (*United States v. Microsoft Corp., 84 F.Supp.2d 9 (D.D.C. 1999), "Findings of Fact"*).

Considerà provat que Microsoft gaudia d'un monopoli en el mercat de sistemes operatius per a ordinadors personals. En virtut d'aquest monopoli, i, amb la finalitat de mantenir-lo:

- Havia integrat tecnològicament dos productes independents, com a "Windows" –un sistema operatiu- i "Internet Explorer" –un navegador d'internet-, de forma que l'eliminació del segon comportava que el primer no funcionés correctament, amb la finalitat de potenciar l'ús del seu navegador en detriment dels desenvolupats per la competència.
- Havia obligat els fabricants a incloure Internet Explorer com a navegador d'internet, i els havia prohibit modificar-ne les icones, sons, fons d'escriptori i aparença inicial o final de Windows, amenaçant-los de no atorgar-los la llicència del sistema operatiu "Windows". Això provocà que els fabricants deixessin de promocionar o d'incloure a l'escriptori altres navegadors, com ara "Netscape Navigator".

⁹ California, Connecticut, Florida, Illinois, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, New York, North Carolina, Ohio, Utah, West Virginia, Wisconsin. El 7 de desembre de 1998, **Charles Condon**, fiscal general de **South Carolina**, desistí de la demanda; i el 12 de juliol de 2001 **Patricia Madrid**, fiscal general de **New Mexico**, pactà amb Microsoft.

- Havia ofert el seu navegador de forma gratuïta als proveïdors de serveis d'internet, els havia atorgat bons per cada usuari d'internet que accedís a la xarxa mitjançant el seu navegador, i els havia concedit la possibilitat d'incloure, a l'escriptori de Windows, una icona d'accés directe als seus serveis.
- Igualment, havia ofert el seu navegador sense cap cost als fabricants de programes de desenvolupament, manteniment i disseny de pàgines web.
- Havia acordat amb Apple (fabricant d'ordinadors Macintosh, que utilitzen MAC OS, un sistema operatiu diferent a Windows) que només continuaria desenvolupant programes per al seu sistema operatiu (Mac Office) si aquesta col·locava com a navegador Internet Explorer.
- Havia creat i desenvolupat JVM (*Java Virtual Machine*) amb la finalitat d'excloure del mercat a Java, un "middleware" desenvolupat per Sun Microsystems i distribuït per Navigator. Un "middleware" és un software que actua com una plataforma que permet executar-hi qualsevol programa. Això faria que els programadors desenvolupessin els seus programes per a funcionar sobre la plataforma, compatible amb qualsevol sistema operatiu, i Windows deixaria de ser necessari per a poder executar programes (car qualsevol sistema operatiu que la tingués instal·lada podria fer-ho), amb el risc consegüent per al -fins aleshores - monopoli de Microsoft. L'únic fi de JVM fou fer més difícil importar aplicacions de Microsoft a altres sistemes diferents, i mantenir les barreres d'entrada al mercat de sistemes operatius.
- Havia fet pressió sobre el fabricant de microprocessadors Intel, que donava suport al projecte de Sun i Navigator, per a què deixés d'ajudar-los. Si no, Microsoft donaria suport a un altre fabricant de microprocessadors, AMD, i rebutjaria distribuir Windows amb ordinadors que integressin microprocessadors Intel.

A més, designà com a mediador [Richard A. Posner](#) (catedràtic de dret de la universitat de Chicago i -aleshores - president del tribunal d'apel·lacions del setè circuit) per a intentar que les parts arribessin a un acord, i convidà [Lawrence Lessig](#) (catedràtic de dret de la universitat d'Stanford) a participar en el procés com a *amicus brief* (emetre un dictamen sobre quines serien les seves conclusions en el cas).

El 3 d'abril de 2000, després de fracassar els intents mediadors, el jutge Jackson presentà les seves [conclusions de dret](#) (*United States v. Microsoft Corp., 87 F.Supp.2d 30 (D.D.C. 2000), "Conclusions of Law"*).

En elles, el Jutge considerà que Microsoft:

- Mantenia la seva situació de monopoli en el mercat de sistemes operatius mitjançant pràctiques contràries a la competència (*illegal monopoly maintenance*) en violació del [§ 2 Sherman Act](#).
- Intentava monopolitzar el mercat de navegadors d'internet (*attempted to monopolize*), en violació del [§ 2 Sherman Act](#).
- Incorria en pràctiques restrictives de la competència (*illegal tying arrangement*¹⁰) per integrar el seu navegador Internet Explorer en el sistema operatiu Windows, en violació del [§ 1 Sherman Act](#).

¹⁰ Negativa del venedor a vendre el seu producte o servei a menys que el comprador adquireixi també un altre producte o un servei diferent.

- Violava el [§ 2 Sherman Act](#), si es tenia en compte, per sí sola, la seva conducta global.
- No incorria en acords excoients de la competència en violació del [§ 1 Sherman Act](#) per acordar amb els proveïdors de serveis d'internet, programadors i fabricants d'ordinadors la distribució i promoció del seu navegador (ja que els competidors podien continuar promocionant i distribuint els seus productes per vies alternatives). Això no obstant, aquests acords sí vulneraven el [§ 2 Sherman Act](#) per manteniment il·legal de monopoli.

I dos mesos després, el 7 de juny de 2000, dictà [sentència \(*United States v. Microsoft Corp.*, 97 F.Supp.2d 59 \(D.D.C. 2000\), "Final Judgment"\)](#) en què, després de considerar provada la violació de la *Sherman Antitrust Act* per manteniment il·legal de monopoli (*illegal monopoly maintenance*), intent de monopoli (*attempted monopolization*) i acords restrictius de la competència (*illegal tying arrangement*), resolgué:

1. Dividir Microsoft en dues companyies diferents, una de sistemes operatiu –que rebria tot el negoci de Windows– i una altra d'aplicacions informàtiques –que continuaria amb la resta d'activitats, incloent Internet Explorer i Office–.
2. Requerir Microsoft per a què divulgues la informació tècnica necessària per a assegurar que el software desenvolupat pels competidors funcionés sobre Windows.
3. Prohibir Microsoft a concloure contractes pels quals obligués a tercers a restringir el desenvolupament, producció, distribució, promoció o ús de programes diferents als de la demandada.
4. Obligar Microsoft a no condicionar l'atorgament de llicències de Windows al desenvolupament, promoció o distribució de productes comercialitzats per ella.

A més dels legals, hi hagué quatre motius més que identificà el tribunal per a justificar aquesta decisió:

1. Microsoft no ha reconegut en cap moment que les seves activitats hagin violat la *Sherman Act*.
2. En conseqüència, continua amb la mateixa forma de fer negocis que en el passat.
3. Microsoft ha provat que no mereix confiança (*untrustworthy*).
4. El Govern, que actua en virtut de l'interès general, ha guanyat el plet i, per tant, té dret a escollir el remei adequat per solucionar les violacions considerades com a provades.

El Jutge Jackson, en compliment de la [Expediting Act, 15 U.S.C. § 29b](#) (que permet el recurs directe davant del Tribunal Suprem dels EUA si el cas és d'interès general), certificà el cas com a susceptible de ser apel·lat davant del Tribunal Suprem. Així ho feu Microsoft, que el 25 de juliol de 2000 presentà el seu recurs ([Jurisdictional Statement to the Supreme Court](#)). Dos mesos després, el 26 de setembre de 2000, aquest Tribunal [denegà el certiorari \(*Microsoft Corp. v. United States et. alii.*, 530 U.S. 2000\)](#), i tornà les actuacions al Tribunal Federal d'apel·lacions del Districte de Columbia.

El 27 de novembre de 2000 els advocats de Microsoft [recorregueren en apel·lació](#) davant d'aquest Tribunal i en el seu recurs:

1. Qüestionaren els fets i la legalitat de les conclusions de dret.

"[T]he entire proceeding (...) was infected with error"

2. Instaren la nul·litat de la sentència perquè el tribunal d'instància no els concedí la celebració d'una nova vista on haguessin pogut aportar més proves sobre fets controvertits i sobre la impossibilitat fàctica de dividir Microsoft en dues companyies diferents.

("Defendant was not entitled to additional time to respond to government's proposed remedy of structural reorganization and mandated divestiture").

3. Sol·licitaren la desqualificació del jutge d'instància i l'anul·lació dels antecedents de fet, de les conclusions de dret i de la sentència final, per considerar que el jutge havia violat el codi ètic quan realitzà comentaris públics i mantingué contactes *ex parte* que feien dubtar de la seva imparcialitat.

"[T]he District Judge's public comments concerning the merits of the case require that the Judgment be vacated and the case reassigned to another Judge (...). Beginning the day after judgment was entered, numerous news organizations, including the New York Times, Wall Street Journal, Los Angeles Times, Washington Post, Newsweek, USA Today, Marketplace Radio and National Public Radio, published stories based on interviews with the district court. It was reported that the district court, without notice to Microsoft, had been granting extrajudicial interviews to members of the press for nine months, i.e., since before entering its findings of fact".

El 28 de juny de 2001 el Tribunal Federal d'Apel·lacions del Districte de Columbia dictà sentència ([United States of America, Appellee, v. Microsoft Corporation, Appellant, 253 F.3d 34](#)) per la qual:

1r. Estimà en part el recurs, en considerar que:

a. Microsoft només era culpable de manteniment il·legal de monopoli ([§ 2 Sherman Act](#)).

Encara que absolgué Microsoft de tres conductes que el jutge Jackson havia considerat vulneradores del [§ 2 Sherman Act](#) (dissenyar JVM d'una forma incompatible amb el desenvolupat per Sun; oferir el software de Microsoft de forma gratuïta als proveïdors d'internet i atorgar-los bons per a cada internauta que utilitzés el seu navegador; i dissenyar Windows de forma que en certes ocasions s'anul·lés la possibilitat de l'usuari d'escollir entre Internet Explorer i un altre navegador), confirmà la resta dels pronunciaments i reconegué que Microsoft havia mantingut la seva situació de monopoli d'una forma il·legal per haver imposat barreres d'entrada.

b. Microsoft no era culpable d'intent de monopoli en el mercat de navegadors d'internet ([§ 1 Sherman Act](#)) ni la seva conducta global, per ella mateixa, constituïa una violació del [§ 2 Sherman Act](#).

Així, ni els actors ni el tribunal d'instància havien definit el mercat rellevant que intentava monopolitzar, ni havien demostrat que existissin barreres d'entrada a altres navegadors. Quant a la conducta global, l'únic acte a què es referia la sentència era la promoció del navegador de Microsoft, que no viola –segons el Tribunal d'apel·lacions– cap article de la Sherman Act.

c. Quant als *tying arrangements*, considerarà necessàries més proves, per la qual cosa el tribunal d'instància havia de realitzar noves actuacions.

Per arribar a aquesta conclusió, aplicà quatre criteris:

1r. Per a ser condemnat com a excloent, un acte realitzat per un monopolista ha de tenir un efecte anticompetitiu, és a dir, ha de danyar el procés competitiu i els consumidors.

2n. El demandant ha de provar que aquest acte danya la competència i no només un competidor.

3r. El monopolista pot justificar que la seva conducta afavoreix la competència, extrem que ha de ser desvirtuat per l'actor.

4t. L'actor ha de demostrar que el dany causat per la conducta monopolística és més gran que els beneficis procompetitius d'aquesta.

2n. Anul·là la sentència de primera instància.

I això per tres raons:

a. Perquè el jutge d'instància no havia concedit audiència a Microsoft malgrat hi havia certes disputes fàctiques sobre la decisió judicial de dividir la companyia.

"[T]he failure to hold an evidentiary hearing in the face of disputed facts concerning the remedy violated the cardinal principle of our system of justice that factual disputes must be heard in an open court and resolved through trial-like evidentiary proceedings".

b. Perquè el jutge no havia aportat "raons adequades" que justifiquessin la seva decisió.

"[T]he court has failed to provide an adequate explanation for the relief it ordered".

c. Perquè quan modificà la culpabilitat de Microsoft, el Tribunal de districte hauria de pronunciar-se de nou sobre el remei a adoptar. El Tribunal reconeix que el monopoli de Microsoft no ha estat il·legalment adquirit, però si il·legalment mantingut, per la qual cosa l'objectiu del remei ha de ser acabar amb les pràctiques d'exclusió per a mantenir-lo.

"[W]e have modified the underlying bases of liability. Of the three antitrust violations originally identified by the District Court, one is no longer viable: attempted monopolization of the browser

market in violation of Sherman Act § 2. One will be remanded for liability proceedings under a different legal standard: unlawful tying in violation of § 1. Only liability for the § 2 monopoly maintenance violation has been affirmed--and even that we have revised”.

3r. Retirà del cas al Jutge [Thomas Penfield Jackson](#) –*Senior Judge* per conducta deslleial i aparença de parcialitat ja que, segons la cort, havia violat el codi de conducta dels jutges dels EUA (articles 2, 3A(6) i 3A(4) [Code of Conduct for United States Judges](#)) per haver mantingut entrevistes i contractes secrets amb periodistes, abans de finalitzar el cas, en què discuti i emeté opinions personal sobre aquest.

“[W]e believe, therefore, that the District Judge's interviews with reporters created an appearance that he was not acting impartially. (...), the appropriate remedy for the violations (...) is disqualification of the District Judge retroactive only to the date he entered the order breaking up Microsoft. (...) Full retroactive disqualification is unnecessary to protect Microsoft's right to an impartial adjudication”.

Així, el Tribunal considera provat que, entre setembre de 1999 i la data de la sentència final (juny de 2000), el jutge mantingué entrevistes secretes amb diversos periodistes en què descrigué i qualificà les conductes de Microsoft. Digué als reporters que el testimoni de Bill Gates era inherentment increïble (“Bill Gates’ testimony is inherently without credibility. If you can’t relieve this guy, who else can you relieve?”, Brinkley & Lohr, NEW YORK TIMES), i comentà amb un company de tribunal que li demanaria al CEO de Microsoft que escrivís una recensió sobre Napoleó Bonapart (“Characterizing Gates' and his company's "crime" as hubris, the Judge stated that “[i]f I were able to propose a remedy of my devising, I'd require Mr. Gates to write a book report" on Napoleon Bonaparte, “[b]ecause I think [Gates] has a Napoleonic concept of himself and his company, an arrogance that derives from power and unalloyed success, with no leavening hard experience, no reverses.” Auletta, THE NEW YORKER). Quant a la integració del navegador i el sistema operatiu de Microsoft, comentà que no eren en benefici del consumidor (“[I]t was quite clear to me that the motive of Microsoft in bundling the Internet browser was not one of consumer convenience. The evidence that this was done for the consumer was not credible.... The evidence was so compelling that there was an ulterior motive.” Wilke, WALL STREET JOURNAL)..

CANON 3

A JUDGE SHOULD PERFORM THE DUTIES OF THE OFFICE IMPARTIALLY AND DILIGENTLY

A. Adjudicative Responsibilities

(4) A judge should accord to every person who is legally interested in a proceeding, or the person's lawyer, full right to be heard according to law, and, except as authorized by law, neither initiate nor consider ex parte communications on the merits, or procedures affecting the merits, of a pending or impending proceeding. (...)

(6) A judge should avoid public comment on the merits of a pending or impending action, requiring similar restraint by court personnel subject to the judge's direction and control. This proscription does not extend to public statements made in the course of the judge's official duties, to the explanation of court procedures, or to a scholarly presentation made for purposes of legal education

4t. I tornà les actuacions al tribunal federal de districte en el qual, novament de forma aleatòria, se'n va fer càrrec [Colleen Kollar Kotelly](#) –*Active Judge*–, Jutge Federal del Districte de Columbia.

Ordenà les parts a entrar en negociacions per a tractar de concloure un possible acord transaccional i fixà un calendari per a la realització de noves proves, en cas que no arribessin a cap acord ([United States v. Microsoft Corp., Nos. 98-1232 and 98-1233 \(D.D.C. Sept. 28, 2001\)](#)).

El 6 de novembre de 2001, el Departament de Justícia, nou dels estats demandants¹¹ i Microsoft li entregaren el “[Revised Proposed Final Judgement](#)”, que reflectia els seus principals acords i que tenia com a fi remeiar els efectes anticompetitius del comportament de la demandada i acabar amb el manteniment il·legal del monopoli. Un cop homologat pel tribunal, l'acord tindria una duració de 5 anys.

Segons aquest, Microsoft:

1r. No adoptarà cap tipus de represàlia contra aquells fabricants d'ordinadors que:

a. Desenvolupin, distribueixin, promoguin, utilitzin o adquireixin un software desenvolupat per un competidor de Microsoft.

b. Venguin un ordinador personal que inclogui més d'un sistema operatiu.

2n. No resoldrà cap contracte de llicència de Windows amb un fabricant sense haver-li notificat per escrit les raons de la seva decisió i sense haver-li concedit un període mínim de 30 dies per a solucionar aquesta raó (excepte si el fabricant ja ha rebut dos o més avisos durant el període de vigència del contracte).

3r. Publicarà en una pàgina web accessible als demandants i als fabricants les tarifes uniformes per a l'ús del sistema operatiu “Windows”, si bé aquestes podran variar en funció de l'idioma o del volum de compra.

4t. No adoptarà cap acord que restringeixi el dret dels fabricants a:

a. Instal·lar icones, sons o menús diferents dels proporcionats per Windows per aquells productes que no siguin comercialitzats per Microsoft.

b. Distribuir o promocionar un “middleware” diferent del de Microsoft mitjançant la col·locació d'icones d'aquests productes en l'escriptori de l'ordinador.

c. Executar automàticament altres “middleware” diferents als desenvolupats per Microsoft.

d. Oferir els consumidors la possibilitat d'utilitzar un altre sistema operatiu.

¹¹ Illinois, Kentucky, Louisiana, Maryland, Michigan, New York, North Carolina, Ohio, Wisconsin.

5è. Divulgarà, tan prest com posi a la venda el “Service Pack” de Windows XP o 12 mesos després de l’entrega al tribunal de l’acord, les aplicacions i interfaces necessàries usats pel “Microsoft middleware” per a interactuar amb el sistema operatiu. Això no obstant, no divulgarà cap informació que pugui comprometre la seguretat d’un programa o grup de programes de antipirateria, antivirus, encriptació, o sistemes d’autenticació, tret que li ho requereixi un tribunal o l’autoritat governamental competent.

6è. No adoptarà cap tipus de represàlia contra aquells programadors o fabricants o fabricants de *hardware* que:

a. Desenvolupin, distribueixin, promoguin, utilitzin o donin suport a un software desenvolupat per un competidor de Microsoft.

b. Venguin un ordinador personal que inclogui més d’un sistema operatiu.

7è. No adoptarà cap acord amb:

a. Proveïdors d’accés a internet, proveïdors de continguts, programadors o fabricants de *hardware* en què condicioni la concessió d’ajuts o subvencions exclusivament en el fet de que aquest utilitzin, distribueixin, promoguin o donin suport a un producte comercialitzat per Microsoft, excepte si concorre bona fe i la contrapart de l’acord pot promocionar o distribuir altres productes diferents dels fabricats per la demandada.

b. Proveïdors d’accés a internet o proveïdors de contingut en què condicionés la col·locació d’icones d’accés directe a l’escriptori de Windows a què aquests proveïdors s’abstinguin de distribuir, promocionar, o utilitzar un *software* que competeixi amb Microsoft.

8è. Permetrà que els fabricants i els usuaris finals dels ordinadors puguin, mitjançant un senzill procés dissenyat amb icones:

a. Activar o eliminar qualsevol programa, sigui o no Microsoft.

b. Escollir un programa que no sigui el desenvolupat per Microsoft (quan fins ara Windows sempre executa prioritàriament el de la demandada).

c. Confirmar si desitgen que Windows canviï o no les icones i el menú d’entrada instal·lat pel fabricant.

La responsabilitat d’assegurar el compliment dels acords recau sobre els demandants. Per això, les parts han acordat crear tres òrgans:

I. Els estats demandants crearan un comitè, i el govern federal nomenarà un representant, que podran:

1r. Accedir durant hores d’oficina a les instal·lacions de Microsoft i inspeccionar tots els documents que estiguin en possessió, custòdia o control de Microsoft, en presència d’un responsable de la companyia.

2n. Entrevistar, formalment o informal i a comoditat de Microsoft, a empleats o agents de la companyia, en presència d’un responsable.

3r Sol·licitar per escrit i amb antelació suficient un informe sobre el compliment de l'acordat en el *Settlement*.

4t. Requerir dels Tribunals l'adopció de les mesures necessàries per al compliment de les mesures acordades per les parts, si bé els actors han de concedir a Microsoft una oportunitat raonable de subsanar l'incompliment.

Cap informació o documentació adquirida per aquests mètodes podrà ser divulgada si no és en un procediment legal per a assegurar el compliment de l'acord.

II. Les parts crearan un comitè tècnic ("*Technical Committee*"), compost per tres persones (una designada per cada part, i la tercera escollida per les dues primeres) expertes en programació i disseny de software, sense cap incompatibilitat (no han d'haver treballat per a Microsoft ni per a cap competidor, ni haver testificat en el procés judicial com experts), pagades per Microsoft i amb oficina a la seva seu (Redmon, Washington), amb el fi de garantir el compliment dels acords. Cada membre del comitè pot nomenar tots aquells ajudants que consideri necessaris. El càrrec té una duració inicial de 30 mesos, prorrogables, i una vegada acabat no podran treballar per a Microsoft ni per cap competidor fins dos anys després d'haver finalitzat la seva tasca. Entre les seves funcions, tenen els següents poders i obligacions:

1. Controlar que Microsoft compleixi amb les obligacions assumides en l'acord.
2. Amb l'antelació necessària, poden:
 - a. Entrevistar, formalment o informal i a comoditat de Microsoft, qualsevol treballador, qui pot sol·licitar la presència d'un responsable de la companyia.
 - b. Inspeccionar o copiar qualsevol document en possessió, custòdia o control del personal de Microsoft.
 - c. Obtenir accés a qualsevol sistema o equip a què puguin accedir els treballadors de Microsoft.
 - d. Visitar i inspeccionar qualsevol edifici o instal·lació de Microsoft.
3. Rebre demandes de terceres parts sobre activitats que puguin vulnerar l'acord.
4. Informar els demandants, per escrit i cada 6 mesos, de totes les activitats que han portat a terme.
5. Notificar immediatament els demandants de qualsevol incompliment portat a terme per la demandada.
6. Mantenir la confidencialitat de totes les dades i informacions adquirides per raó del seu càrrec.

III. Microsoft nomenarà un responsable intern per administrar el compliment de l'acord.

En ser una transacció en què era part el Govern dels EUA, iniciaren el procés per a obtenir l'homologació d'aquest pel tribunal.

Aquesta aprovació és necessària ja que ho prescriu la [Tunney Act, 15 U.S.C. § 16 \(b\)-\(h\)](#), una llei federal aprovada el 1974 com a conseqüència de l'escàndol del Watergate i de què es demostrà que l'administració Nixon, en un cas de competència contra ITT, havia transigit de forma poc favorable per als interessos generals després d'haver rebut una generosa contribució de la contrapart -400.000\$- a la campanya del partit republicà.

Aquesta llei obliga a fer públic el text de l'acord, després del qual s'obre un període de 60 dies en què tercers interessats en el procés poden presentar-hi al·legacions. El Govern els ha de respondre i justificar que l'acord respon a l'interès general. Finalment, el Tribunal resoldrà si aprovar o no l'acord, o suggerir-hi canvis per a concedir-ne l'homologació.

El text de l'acord i els seus efectes competitius (*competitive impact statement*) van fer-se públics el 15 de novembre de 2001. El 27 de febrer de 2002 les parts lliuraren al Tribunal el "[Second Revised Proposed Final Judgment](#)" (amb molt poques [modificacions](#)) i el 28 de febrer de 2002 el Departament de Justícia lliurà al Tribunal els [32.392 comentaris](#) que rebé, publicats el 3 de maig en el registre federal, i la [resposta](#) a aquests.

L'1 de novembre de 2002 la Jutgessa Federal [Colleen Kollar Kotelly](#) feu públiques tres "[memorandum opinió](#)" (una que reflecteix la seva decisió en el plet iniciat pel Govern Federal -[United States of America v. Microsoft, Civil Action No. 98-1232 \(CKK\)](#)-, i dues per als nou governs estatals que se sumaren al *settlement* -[State of New York et. al. v. Microsoft, Civil Action No. 98-1233 \(CKK\) I](#) y [State of New York et. al. v. Microsoft, Civil Action No. 98-1233 \(CKK\) II](#). A més, redactà un [resum](#) per a totes aquelles persones interessades en el tema). En elles, assenyala que els acords adoptats per les parts (abans esmentats) eren justs, raonables i complien amb el requisit de l'interès general, amb una única excepció: les parts havien de permetre que el tribunal, "motu proprio", pogués iniciar actuacions i adoptar totes les decisions i sancions que considerés oportunes per a assegurar la implementació efectiva dels acords. La jutgessa aprovà condicionalment la transacció si les parts incloïen el següent paràgraf:

"Jurisdiction is retained by this Court over this action such that the Court may act *sua sponte* to issue further orders or directions, including but not limited to orders or directions relating to the construction or carrying out of this Final Judgment, the enforcement of compliance therewith, the modification thereof, and the punishment of any violation thereof".

Les parts introduïren la modificació indicada per la jutgessa i el 8 de novembre de 2002 li lliuraren el [Third Revised Proposed Final Judgment](#). Finalment, el 12 de novembre de 2002, Collen Collar-Kotelly aprovà l'[acord final](#).

El plet, a data d'avui, continua obert només pels Estats de Massachussets i West Virginia. La resta (California, Connecticut, Florida, Iowa, Kansas, Minnesota i UTA) han acceptat els termes de l'acord.

3. La transacció del «Mar Egeo» al Reial Decret-Llei 6/2002, de 4 d'octubre: Perjudicats pel sinistre contra l'Estat i altres

1. Els vessaments de cru al mar en les últimes tres dècades

Entre 1970 i 2001 tingueren lloc aproximadament 10.000 vessaments de cru al mar, d'entre els quals 1.183 vessaments d'entre 7 i 700 tones i 410 de més de 700 tones ([International Tanker Owners Pollution Federation Ltd, "Accidental Tanker Oil Spill Statistics"](#)).

Gran part d'aquests vessaments són inferiors a les 7 tones i deriven d'operacions rutinàries de càrrega i descàrrega en ports i terminals. A diferència dels petits vessaments, els vessaments de més de 700 tones tenen com a causes principals: l'encallament del buc (34 %), una col·lisió (28 %) o problemes en el casc (14 %).

Els vessaments majors de 7 Tm han disminuït en nombre, sobretot els de més de 700 Tm. Que la tendència sigui a la baixa ho demostra el fet que a la dècada dels 70, existia una mitjana de 24,2 vessaments de més de 700 tones a l'any, i que aquesta descendí a 8,3 als vuitanta i a 7,3 als noranta. Però sempre que es produeix un d'aquests vessaments, la quantitat de cru vessada al mar es dispara. Això ha ocorregut, almenys una vegada cada dècada: «Atlantic Empress» (any 1979, 287.000 tones), «Castillo de Bellver» (any 1983, 252.000 tones) i «ABT Summer» (any 1991, 260.000 tones). La taula següent proporciona informació sobre els vessaments de major entitat ocorreguts des de 1970:

Vaixell	Any	Lloc	Fuel vessat (en tones)
Atlantic Empress	1979	Proximitats de Tobago	287.000
ABT Summer	1991	700 milles de Angola	260.000
Castillo de Bellver	1983	Proximitats de la Badia de Saldanya (Sudàfrica)	252.000
Amoco Cadiz	1978	Proximitats de Bretanya (França)	223.000
Haven	1991	Genova (Itàlia)	144.000
Odyssey	1988	700 milles de Nova Escòcia (Canadà)	132.000
Torrey Canyon	1967	Illes Scilly (Regne Unit)	119.000
Urquiola	1976	A Coruña (Espanya)	100.000
Hawaiian Patriot	1977	300 milles de Honolulu (USA)	95.000
Independenta	1979	Bòsfor (Turquia)	95.000
Jakob Maersk	1975	Oporto (Portugal)	88.000
Braer	1993	Illes de Shetland (Regne Unit)	85.000
Khark 5	1989	120 milles de la costa atlàntica del Marroc	80.000
Aegean Sea	1992	A Coruña	74.000
Sea Empress	1996	Milford Haven (Regne Unit)	72.000
Katina P.	1992	Proximitats de Maputo (Moçambic)	72.000
Assimi	1983	55 milles de Muscat (Oman)	53.000
Metula	1974	Estret de Magallanes (Xile)	50.000
Wafra	1971	Proximitats del Cap Agulhas (Sudàfrica)	40.000
Exxon Valdez	1989	Prince William Sound (Alaska. EUA)	37.000

Després del naufragi del petrolier «Prestige» el passat 20 de novembre, en què es perderen 77.000 tones de cru al mar, el cas del vaixell «Mar Egeu», que comentem a continuació, ha ocupat la quinzena plaça a la llista de grans vessaments.

2. El naufragi del «Mar Egeu»

L'encallament i pèrdua del petrolier «Mar Egeo», segons els fets provats de la sentència del Jutjat Penal núm. 2 d'A Coruña de 30.4.1996, són, editats i traduïts per InDret, com segueixen:

“[E]l buc O.B.O (Ore Bulk Oil), de bandera grega, “Aegean Sea”, l'armador del qual era l'entitat “Aegean Sea Traders Corporation”, de 114.037 tones de pes mort, amb una eslora total de 261,02 metres, i amb un carregament de 79.300 tones de petroli cru ... procedent del port de Sullóm Voe, en l'illa de Shetland, Regne Unit, amb destí a la terminal de Repsol del port d'A Coruña i sota el comandament del capità **Constantinos Stavridis**, ... arribà a les costes de la ciutat de A Coruña i ancorà en la mitjanit del dia 30 de Novembre de 1992 a la ria d'Ares. ... No consta que ... el capità, que era la primera vegada que arribava a aquest port, demanés cap tipus d'informació sobre les seves circumstàncies, maniobra d'aproximació recomanable o normes de seguretat del port”

“L'espera en el punt d'ancoratge es desenvolupà sense problemes tot i l'existència de temporal de component Oest”, fins que “el dia 3 de desembre ..., entre les 1,45 hores i les 2,00 hores, el pràctic de guàrdia al port, **Rodolfo García Otero** ...” indicà al vaixell “que s'anés preparant, ja que el moll (número 3) on havia de quedar amarrat, estava a punt de quedar lliure”.

“A les 2,30 hores començà la maniobra de virar l'àncora en el buc..., que tardà una hora en acabar ... per culpa del mal temps ... Un cop alliberat el buc, aquest emprengué la marxa, ... a l'espera de què ... quedés lliure el canal Oest, per on hauria d'entrar... A les 3,45 hores el pràctic entaulà una tercera comunicació amb el vaixell, per manifestar-li que l'esperava en el canal Oest, i que entrés per allà ... El pràctic, degut el mal temps que feia, decidí esperar el vaixell a l'alçada de la boia de Cabanés, tot i estar obligat per les normes del Reglament de Practicatge del Port de A Coruña a prestar els seus serveis d'assistències ja en la zona exterior d'aquest port”.

“El buc mantingué el rumb indicat ..., fins a ... les 4,23 hores, quan inicià el gir a babord, per encarar-se cap al canal per on havia d'entrar. Aquest gir el realitzà ... amb la intenció d'agafar l'encarament just en les immediacions de la zona més estreta del canal de manera que el vaixell es veié obligat a realitzar aquest canvi de rumb, de 268 graus als 108 graus d'encarament, en la zona que, ... està més pròxima a la costa, ... El capità actuà d'aquesta manera, confiant en la capacitat de maniobra del buc ..., que inicià l'esmentada caiguda a babord a una velocitat de 4 ó 5 nusos, respongué bé a la maniobra, ja que en 2 minuts baixà al rumb 220. A partir d'aquest moment, el buc, que estava de costat al vent del S.W. que bufava en aquells moments, començà a tenir problemes, ja que 5 minuts després –a les 4,30 hores- només havia baixat un grau. El temps havia empitjorat ..., es produí un xàfec que anul·lava completament la visibilitat, acompanyat de vents de 33 kms hora de mitjana, i ràfegues de 49 kms. per hora, que [impedia] que el vaixell continués la maniobra de gir. Davant aquesta situació, el capità ordenà tirar endavant i posar el timó tot a babord; no obstant, ... el buc reaccionà lentament, ja que a les 4,38 hores només havia assolit el rumb 190, que ja no aconseguiria superar, tot i que el capità cregué que el buc acabaria de girar cap a babord, i tot i que finalment intentà fer una evasió canviant el timó tot a estribord, va fer tard, perquè ja no tenia prou aigua per fer la maniobra i encallà, pels volts de les 4,50 hores, contra les roques de la Torre de Hércules”.

“Tot i que s'intentà de nou fer flotar el buc, els intents realitzats foren inútils, aparegué una esquerda en el casc del buc, que mostrà la pèrdua de gas inert, es produïren explosions, s'incendià el vaixell i es vessà el cru a l'aigua, que generà una marea negra que afectà a les costes de la província de A Coruña, en un àrea compresa entre el Cabo Prioriño i la Punta Langosteira”.

3. El procediment penal

Pels fets anteriors s'iniciaren diligències penals en el Jutjat d'Instrucció núm. 6 d'A Coruña en què s'imputaren al capità del vaixell Sr. Constantinos Stavridis i al pràctic del port Sr. Rodolfo Francisco García Otero un delictes d'imprudència temerària. Fou part acusadora el Ministeri Fiscal i nombroses persones i entitats es constituïren com a acusacions particulars. Comparegueren com a responsables civils directes "United Kingdom Mutual Steamship Assurance Association" i el Fons Internacional de Danys Causats per la Contaminació de Hidrocarburs (FIDAC); i com a responsables civils subsidiaris, l'Estat espanyol, "Repsol Petróleo, SA" i "Aegean Sea Traders Corporation".

La sentència del Jutjat del Penal núm. 2 d'A Coruña de 30.4.1996 (Magistrat: Luis Barrientos Monge) condenà els acusats per un delictes d'imprudència temerària a una pena de 300.000 ptes. de multa i declarà la seva responsabilitat civil directa pels danys produïts, juntament amb la d'"United Kingdom Mutual Steamship Assurance Association" i la del Fons Internacional de Danys Causats per la Contaminació d'Hidrocarburs (FIDAC). També declarà la responsabilitat civil subsidiària d'"Aegean Sea Traders Corporation" i de l'Estat espanyol. Finalment, absolgué REPSOL de qualsevol pretensió indemnitzatòria.

El jutge resolgué que la conducta del capità del buc, Sr. Constantinos Stavridis, no fou diligent "al hacer una maniobra poco precavida para las condiciones del lugar y tiempo en que acaecieron los hechos. Era la primera vez que el acusado iba a entrar al puerto de la Coruña, y durante el tiempo que permaneció fondeando a la espera de atracar, no solicitó ninguna información". "Ciertamente que la carta náutica que manejaba..., se encontraba actualizada, y que en la misma... se indicaba por medio de una señal de uso internacional un punto de embarque del práctico..., que no concuerda con las zonas de practica obligatorio que rigen en la Coruña, y cierto también que es obligación y facultad propia del Capitán dirigir el buque a su destino, pero también es cierto que un celo especial requeriría la consulta con los profesionales del puerto". La maniobra "no resultó ser la más apropiada". "[E]l meteoro que afectó al barco era perfectamente previsible, y evitables sus consecuencias dañosas, si el Capitán hubiera adoptado una derrota o trayectoria que le hubiera llevado más hacia el Oeste", de forma que hauria gaudit d'un major marge de seguretat en virar. A més, realitzà la maniobra "en unas condiciones más mermadas al tratarse de horas nocturnas y [al ser] la primera vez que iba a entrar en este puerto, [sin poder] el inculpaado ser inconsciente de que la carga que portaba su buque era altamente contaminante".

Quant al pràctic del port, Sr. Rodolfo García Otero, el jutge entengué que les normes adoptades per la Comandància de Marina de 23.5.1977, en què expressament s'establia que "Podrá entrar de noche en condiciones de buen tiempo, entendiéndose por tal, aquél que permite embarcar al Práctico, por lo cual el Capitán deberá establecer comunicación radio, con el Práctico con la antelación suficiente", eren d'aplicació al cas, per la qual cosa el pràctic només hauria d'haver autoritzat l'entrada al port quan hi hagués bon temps, però "el Práctico ya sabía que [...] no podría subir al barco", a més infringí "una obligación de prestar un servicio reglamentario desde los límites exteriores del puerto (art. 9 del Reglamento de Practicaje)". Per això, el jutge qualificà d'imprudent la conducta del pràctic i considerà que havia estat temerària.

Quant a la responsabilitat civil pels danys ocasionats per la marea negra, el jutge declarà la responsabilitat directa dels acusats per quotes del 50 %. La responsabilitat directa de la asseguradora United Kingdom Mutual Steam Ship Assurance Association quedà limitada per les previsions de l'art. V del Conveni de 29 de novembre de 1969 i la del FIDAC dins dels límits

establerts per l'art. 4 del Conveni de 1971. La següent taula dóna notícia de les indemnitzacions establertes pel jutge comparant-les amb les sol·licitades pels actors civils:

Parts	Quantitat sol·licitada	Quantitat concedida
Administració de l'Estat	1.154.500.000 ptes.	Execució de sentència
Xunta de Galícia	246.212.672 ptes.	245.336.962 ptes.
Ajuntament de A Coruña	690.000.000 ptes.	24.281.515 ptes.
Ajuntament de Culleredo	3.000.000 ptes.	3.000.000 ptes.
Ajuntament de Oleiros	1.303.158.734 ptes.	30.644.784 ptes.
"Alpomp, SA"	81.037.735 ptes.	20.000.000 ptes.
Daniel Fernández Ríos i altres	Alguns conceptes no determinats econòmicament	Execució de sentència
Vicente Suárez Fernández i altres	Alguns conceptes no determinats econòmicament	Execució de sentència i exclusió d'algun dels perjudicats
Enrique Martínez García i altres	Alguns conceptes no determinats econòmicament	Execució de sentència
"Mexilor S.L."	Alguns conceptes no determinats econòmicament	259.027.638 ptes.
Confraria de Pescadors i Mariscadors de Cedeira i altres	9.713.398.652 ptes.	Execució de sentència
José Abeledo Freire i altres	4.987.500 ptes. per cada mariscador	Execució de sentència
Confraria de Pescadors de Ferrol i altres	Alguns conceptes no determinats econòmicament	Execució de sentència
Mariscadors de la Ría de el Burgo	Alguns conceptes no determinats econòmicament	Execució de sentència
Ramon Rañales Cotos i altres	79.085.600 ptes.	Execució de sentència
Teresa Carneiro i altres	Alguns conceptes no determinats econòmicament	Execució de sentència
"Repsol Petroleo, SA"	Alguns conceptes no determinats econòmicament	110.529.854 ptes.

Recorreguda en apel·lació la sentència del Jutjat Penal, la SAP d'A Coruña, Secció 3a, de 18.6.1997, substancialment, reduí la responsabilitat civil subsidiària pels danys soferts per l'Administració de l'Estat a un 50 % i augmentà la indemnització de "Repsol Petróleo, SA".

4. La transacció

El FIDAC, el UK Club Asegurador («United Kingdom Mutual Steamship Assurance Association») i l'armador del «Mar Egeu», «Aegean Sea Traders Corporation», oferiren a l'Estat espanyol una transacció per a posar fi a les controvèrsies civils, per la que el FIDAC es comprometé a abonar a l'Estat espanyol 38.286.171,99 euros, que complementarien els 15.704.917,40 euros ja abonats, per a posar fi a les controvèrsies sorgides en l'execució de la sentència penal i en les reclamacions civils. D'altra banda, gran part dels afectats pel naufragi acceptaren les propostes d'indemnització fetes pel Ministeri d'Hisenda. Els acords esmentats queden reflectits al Reial Decret-Llei 6/2002, de 4 d'octubre, pel que s'autoritza el Ministre d'Hisenda a celebrar acords transaccionals entre l'Estat espanyol, el Fons Internacional d'Indemnització de Danys Deguts a la Contaminació per Hidrocarburs de

1971 i els perjudicats pel sinistre del vaixell «Mar Egeu», i es concedeix un crèdit extraordinari per import de 63.625.721,36 euros (BOE núm. 239, de 5 d'octubre).

En el dret espanyol, els articles 39.1 LGP i 88 LRJAPPAC estableixen el règim jurídic de la transacció quan una de les parts implicades és una administració pública:

Artículo 39

“1. No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno.

2. ...

3. ...”

Artículo 88. *Terminación convencional.*

“1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.

3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.

4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos”.

Diu el RD-L 6/2002:

“[D]esde un punto de vista jurídico la transacción constituye el medio idóneo para poner fin a un proceso... que permite a... las partes... beneficiarse de la seguridad jurídica que se obtiene por medio de la transacción”

De forma menys críptica, InDret ha sostingut en un altre lloc que:

“[T]ransigir es más barato que litigar... [las partes] tienen una buena razón para la transacción: siempre que los costes privados del pleito superen a los de la transacción, el ahorro consiguiente puede repartirse entre ellas con ventaja mutua (*“Más vale un mal arreglo que un buen pleito”*)” (Pablo Salvador, [“ABC de la transacción”](#), InDret 4/2002).

En el cas, el RD-L 6/2002 autoritza el Ministeri d'Hisenda per a què, en nom de l'Estat espanyol, signi un acord amb el FIDAC, UK Club i l'armador del «Aegean Sea», pel qual el FIDAC es compromet a abonar a l'Estat espanyol 38.386.171,99 euros, a canvi que aquest, com a interlocutor, es compromet a indemnitzar els danys i perjudicis soferts per aquests (Article 1). En segon lloc, autoritza al Ministeri d'Hisenda a transigir amb els particulars afectats que renunciïn a les seves accions judicials, en via civil o penal, i a qualsevol altra extrajudicial (Article 2). En tercer lloc, s'autoritza un crèdit extraordinari de 63.625.721,36 euros (Article 3) que es finançarà amb l'aportació del FIDAC i amb Deute Públic per import de 25.239.549,37 euros (Article 4).

En l'acord amb el FIDAC, UK Club i l'armador del «Mar Egeu», l'Estat espanyol es compromet a indemnitzar els reclamants que figuren a l'annex al RD-L i a qualsevol altre que obtingui una resolució judicial d'un Jutjat o Tribunal espanyol condemnatòria de FIDAC, UK Club o de l'armador; i aquests es comprometen a renunciar a qualsevol acció de recobriment contra l'Estat espanyol.

Els termes dels acords transaccionals entre l'Estat amb els afectats preveuen l'acceptació per aquests de les valoracions previstes a l'annex, compensant els crèdits concedits per l'Institut de Crèdit Oficial, i la renúncia a emprendre qualsevol acció o recurs judicial en el futur sobre la controvèrsia.