

# InDret

## ***Tres transacciones: la industria del tabaco, Microsoft y «Mar Egeo»***

**Pablo Salvador Coderch**

**Facultad de Derecho**

**Universitat Pompeu Fabra**

**Juan Antonio Ruiz García**

**LL.M. Program**

**University of California Berkeley**

**Boalt Hall**

**José Piñeiro Salguero**

**Facultad de Derecho**

**Universitat Pompeu Fabra**

**Antoni Rubí Puig**

**Facultad de Derecho**

**Universitat Pompeu Fabra**

**Working Paper nº: 115**

**Barcelona, enero de 2003**

**[www.indret.com](http://www.indret.com)**

### ***Abstract***

En el número anterior de InDret, su editor ejecutivo afirmaba 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).

En este trabajo se describen tres acuerdos extrajudiciales de gran repercusión económica, social y legal: los dos primeros, ocurridos en EE.UU., afectan a actividades cotidianas de millones de personas y que mueven cada año miles de millones de euros (la fabricación y distribución de cigarrillos y la de ordenadores personales). El tercero y último se refiere a la catástrofe ecológica provocada por el naufragio del «Mar Egeo», un petrolero que encalló el [13 de diciembre de 1992](#) frente a la Torre de Hércules en la entrada del Puerto de A Coruña.

### ***Sumario***

- 1. El *Tobacco Settlement* de 23.11.1998: Mississippi y otros Estados contra la industria tabaquera norteamericana**
- 2. *Microsoft Settlement* de 12.11.2002: el Gobierno Federal de los EE.UU. y otros contra Microsoft Corporation**
- 3. La transacción del «Mar Egeo» en el Real Decreto-Ley 6/2002, de 4 de octubre: perjudicados por el siniestro contra el Estado español y otros**

## **1. El *Tobacco settlement de 23.11.1998: Mississippi y otros Estados contra la industria tabaquera norteamericana.***

La litigación contra la industria tabaquera en los EE.UU. por los daños derivados del consumo de tabaco tiene medio siglo de historia<sup>1</sup>. En este periodo podemos distinguir claramente tres oleadas, representando cada una de ellas la aplicación de estrategias y teorías legales diferentes<sup>2</sup>. Las dos primeras (1950-1965, y 1983-1991) caracterizadas -entre otras cosas- porque los actores eran litigantes individuales, fueron un completo éxito para la industria del tabaco, que no pagó ni un solo centavo en indemnizaciones. Sin embargo, en la última (1994 – actualidad), además de actores particulares –individuales o agrupados en acciones de clase- encontramos a los gobiernos de los Estados de la Unión, que se decidieron a reclamar a la industria tabaquera el reembolso de los gastos sanitarios incurridos en el tratamiento de enfermedades presuntamente relacionadas con el consumo de tabaco. A la litigación entre estos estados y la industria tabaquera es a la que nos referimos a continuación.

Así, el 23 de mayo de 1994, dos semanas escasas después de la divulgación de los *cigarette papers*<sup>3</sup>, veintidós Fiscales Generales (*State Attorney General*) de otros tantos Estados Federales entablaron pleitos en los que exigían el reembolso de los gastos médicos derivados del tratamiento de enfermedades presuntamente relacionadas con el consumo del tabaco.

La Ley Federal de Ayudas Médicas (*Medicaid Statute*), codificada en el *Título 42 del United States Code*, entró en vigor el 31 de marzo de 1968 y establece que es responsabilidad de los Estados:

“[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\(a\)\(25\)\(A\)](#)), definiendo a los terceros como “any

<sup>1</sup> [El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil](#). Juan Antonio RUIZ GARCÍA y Pablo SALVADOR CODERCH. InDret [03/2002](#) y [04/2002](#).

<sup>2</sup> *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](http://www.cdc.gov/tobacco/sgr_tobacco_use.htm)

<sup>3</sup> El 12 de mayo de 1994, una caja con 4.000 páginas de documentos de muy distinta índole -conocidos como *cigarette papers*- y que pertenecían a Brown & Williamson Tobacco Company, fue enviada anónimamente al profesor [Stanton Glantz](#), catedrático de medicina de la University of California at San Francisco, quien -junto con otros autores- publicó un libro al respecto: *The Cigarette Papers*, Stanton A. Glantz, John Slade, Lisa A. Bero, Peter Hanauer, Deborah E. Barnes. The University of California Press, June 1996. Según los autores, estos papeles permitirían fundamentar reclamaciones por fraude y concierto doloso por parte de la industria tabaquera con el fin de ocultar información sobre las consecuencias del consumo de tabaco. Según Stanton A. Glantz, las compañías tabaqueras habrían sabido de los riesgos para la salud derivados del consumo de tabaco desde principios y mediados de los años cincuenta (Brown&Williansom, 1952; Ligget el 29.3.1954; RJ Reynolds en 1956; Philip Morris en 1958; y BAT en 1959.) y, pese a ello, habrían omitido las advertencias relevantes.

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."

Bajo esta Ley y la Ley Federal de Seguridad Social (*Social Security Act, Sections 1902(a)(25) y 1903(d)*), los Estados están legitimados para reclamar judicialmente a los terceros la restitución de todos los gastos médicos que aquéllos han tenido que pagar como consecuencia del comportamiento del causante del daño. Y así lo hicieron en el caso del tabaco, al reclamar de la industria tabaquera el reembolso de todos los gastos sanitarios que el tratamiento de enfermedades relacionadas con el tabaco les había generado.

Michael Moore, Fiscal General del Estado de Mississippi, presentó la **primera demanda** y en ella reclamaba el reembolso de estos gastos 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. (Sucesor 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; Wigley and Culp, Inc. of Gulfport Mississippi.

Siguieron, una tras otra, cuarenta demandas de los cuarenta y nueve Estados restantes de la Unión. En todas ellas, los antecedentes de hecho eran esencialmente los mismos: la industria del tabaco había conspirado para ocultar:

1. La naturaleza adictiva de la nicotina, y
2. Que fumar causaba diferentes enfermedades.

Y dos fueron los fundamentos de derecho usados por los Estados:

1. El Estado no habría asumido el riesgo de fumar simplemente porque es un espectador que se limita a pagar los tratamientos de las enfermedades de sus ciudadanos relacionadas con el tabaco, por lo que las tabaqueras no podrían alegar asunción voluntaria del riesgo (pero nótese que, indirectamente, la alegación de la excepción podría servir para interrumpir el regreso causal).
2. Los Estados podrían demostrar a través de los *cigarette papers* y de los documentos de Liggett & Myers que la industria del tabaco habría conocido los problemas de salud asociados al consumo de tabaco, los habría ocultado y, además, habría manipulado los niveles de nicotina de sus productos para mantener la adicción de los fumadores.

Tres años después, el 20 de marzo de 1997, una de las compañías de la industria demandada, Liggett & Myers Corporation (después Liggett & Myers), modificó la estrategia tradicional de rechazar acuerdos transaccionales y acordó transigir con los

Estados demandantes. Liggett & Myers era una de las compañías más pequeñas y para evitar dificultades financieras entendió que no podría arriesgarse a un juicio masivo. En el acuerdo transaccional, a cambio de una carga financiera comparativamente ligera, Liggett & Myers reconoció la causación de algunos daños y entregó documentos internos sobre el modo de actuar de la industria.

Bennett LeBow, CEO de Liggett & Myers, afirmó públicamente 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".

Pocos meses después, las restantes compañías de la industria iniciaron unas largas negociaciones con los Fiscales de los Estados. El 20 de junio de 1997, en un documento conocido como "[Propuesta de Resolución \(Proposed Resolution\)](#)" y publicado a los meros efectos de discusión (*The proposed resolution was released for settlement discussion purposes only*), la industria ofreció pagar 368.500 millones de dólares (un aumento del impuesto en 0'62\$ en el precio de cada paquete) a lo largo de un periodo de 25 años a los Estados demandantes, incluir nuevas advertencias en los paquetes de cigarrillos, restringir su publicidad y controlar la venta de productos a menores de edad, a cambio de que los Estados prestaran su apoyo a un proyecto de ley federal que ofreciera inmunidad a la industria tabaquera frente a demandas estatales, acciones de clase y reclamaciones por daños punitivos.

La Propuesta de Resolución era un documento político y, como tal, en el debate parlamentario que siguió, fue objeto de numerosos cambios. A partir del otoño de 1997 los legisladores comenzaron a recibir enmiendas a la propuesta inicial y a preparar versiones alternativas. Así:

- En noviembre de 1997, el senador por Massachusetts [Edward M. \(Ted\) Kennedy](#) propuso aumentar el impuesto hasta 1'50\$ por paquete -*Kennedy Bill*-, lo que implicaba, en términos reales, un aumento del coste para la industria de 368.500 millones a casi 600.000 millones.
- En enero de 1998 el presidente Clinton, quien también quería recuperar los costes sanitarios federales derivados del consumo de tabaco, propuso un aumento del impuesto federal de entre 0'50 y 0'60 \$ por paquete.
- El 28 de marzo de 1998 el senador por Arizona [John McCain](#) propuso aumentar el coste por paquete en 1'10 \$ y denegar a la industria todo tipo de inmunidad - *McCain bill*-, propuesta aceptada por el Senado, que en abril de 1998 rechazó

por 79 votos contra 19 la concesión de inmunidad en responsabilidad civil a la industria tabaquera.

En junio de 1998, debido a los numerosos cambios que se habían hecho sobre la propuesta inicial, la industria del tabaco retiró su oferta. En palabras de Martin Broughton, entonces 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), y no se llegó a ningún acuerdo.

En el ínterin, el Estado de Mississippi, que había sido el primero en litigar, fue también el primero en acordar una transacción con la industria. [El 2 de julio de 1997 Mississippi transigió](#) con cuatro compañías (R.J. Reynolds Tobacco Co.; Brown & Williamson Tobacco Corp.; Philip Morris Inc. (Philip Morris U.S.A.); Lorillard Corp.) por 3.600 millones de dólares (“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 Estados más transigirían luego individualmente: [Florida](#) lo hizo el 25 de agosto de 1997, por 11.300 millones; [Texas](#), el 16 de enero de 1998 por 15.300 millones. Finalmente, [Minnesota](#) lo hizo el 8 de mayo de 1998, por 6.600 millones.

El 23 de noviembre de 1998, los restantes cuarenta y seis Estados firmaron un acuerdo transaccional con R.J. Reynolds Tobacco Co., Brown & Williamson Tobacco Corp., Philip Morris Inc. (Philip Morris U.S.A.) y Lorillard Corp., conocido como [Master Settlement Agreement](#) o Acuerdo Marco, por un importe total de 206.000 millones de dólares, a pagar en los 25 años siguientes. A ellos hay que sumar los 36.800 pactados en transacciones con los cuatro Estados que no fueron parte del convenio marco. En total, por tanto, la transacción entre la industria tabaquera y los cincuenta Estados tiene un importe nominal – luego habrá que introducir elementales correcciones financieras- de 242.800 millones de dólares (unos 270.000 millones de Euros)<sup>4</sup>.

Como consecuencia del acuerdo, la industria obtuvo inmunidad frente a las demandas provenientes de los Estados, pero no se establecía restricción alguna a las posibles acciones iniciadas por particulares, individual o colectivamente, ni mucho menos se limitaban posibles responsabilidades por daños punitivos. Así:

#### 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

---

<sup>4</sup> Para una visión crítica sobre la decisión de transigir y sus efectos, véase W. KIP VISCUSI, *Smoke-Filled Rooms, A Postmortem on the Tobacco Deal*. The University of Chicago Press, 2002, p. 37 y ss.

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.

Es importante destacar, como ha hecho W. Kip Viscusi, que la mayor parte del dinero obtenido por los Estados como consecuencia de la aplicación del acuerdo marco no tendrá que destinarse, ni de hecho, se está destinando, a la prevención, control y tratamiento de los riesgos imputados al consumo del tabaco. Sólo entre el 5 y el 7% del dinero recibido se está destinando a programas relacionados con el tabaco.

Así lo dispone 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."

Y así lo ha confirmado la sentencia del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de 18 de noviembre de 2002, en el caso [Cardenas v. Anzai \(No. 01-15297. United states Court of Appeals for the Ninth Circuit\)](#): el estado de Hawái, receptor de 1.380 millones de dólares procedentes del *Tobacco Settlement*, ha creado un plan de ayudas según el cual sólo el 12,5% de los fondos recibidos será destinado al tratamiento, control y prevención de las enfermedades relacionadas con el tabaco. Los actores del caso, fumadores y beneficiarios del mencionado plan, demandan que, dado que el dinero recibido por el estado de Hawái excede el gasto del mismo en el tratamiento de enfermedades derivadas del tabaco, este exceso debe ser distribuido entre ellos. Ni el tribunal de instancia ni el de apelaciones les dieron la razón:

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

En el ejercicio del 2002 sólo cinco Estados (Arizona, Maine, Massachusetts, Mississippi y Minnesota) dedicarán el mínimo recomendado por el CDC a la prevención del tabaco. El resto, en diferentes proporciones, ha dedicado y dedicará el dinero recibido a otros fines que nada tienen que ver con la prevención y tratamiento del tabaquismo, sino a equilibrar otras partidas de sus presupuestos<sup>5</sup>.

El valor actual de los pagos a realizar durante los próximos años hasta el 2023 y, posteriormente, en razón con algunas partidas, equivale, según el propio Viscusi, a 150.000 millones de dólares de hoy, utilizando una tasa de descuento del 3%. Una buena medida de la magnitud a la que nos estamos refiriendo la da el hecho de que las primas de seguros por responsabilidad civil pagadas por las empresas americanas a sus compañías de seguros en 1997, un año antes de la firma del acuerdo marco, era de 20.000 millones de dólares ("Indeed, total general liability premiums paid by all U.S. firms for insurance of all liability risks were only \$20 billion in 1997"), algo así como el doble de lo que la industria tabaquera y sus consumidores –el 23'5% de la población adulta americana- deberán pagar cada año en

---

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

cumplimiento del acuerdo marco<sup>6</sup>. Con ello, el tabaco pasa de ser un problema médico a ser un problema de política sanitaria, de daño a reembolso.

Las cantidades pagadas por la industria a los Estados se reparten entre ellos de acuerdo con unos porcentajes que no reflejan, en algunos casos ni siquiera aproximadamente, los porcentajes de sobrecostes médicos relacionados con el consumo de tabaco en cada Estado. Las diferencias parecen, en cambio, responder al control que los Fiscales Generales de algunos Estados –como Christine Gregoire, de Washington— consiguieron sobre las negociaciones que llevaron al acuerdo.

Así, por ejemplo, en algunos de los Estados que firmaron el *Master Settlement Agreement*,

<b>State</b>	<b>Percentage Share of Medical Cost</b>	<b>Percentage Share of Settlement</b>	<b>Payment Share Divided by Medical Cost Share</b>
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

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

Entre la industria y los Estados están los abogados y sus honorarios. Así, los abogados que representaron al Estado de Mississippi, que lideró el proceso, recibieron 1.430 millones de dólares, esto es, el 35% de la parte correspondiente al estado en cuestión. Los de Florida 3.430 millones (25%) y los de Texas 3.300 millones (19%). Una sola firma legal, *Ness, Motley, Loadholt, Richardson and Poole*, representó a 26 Estados.

## **2. Microsoft Settlement de 12.11.2002: el Gobierno Federal de los EE.UU. y otros contra Microsoft Corporation**

Todos los lectores de InDret conocen Microsoft. De hecho, casi el 76% de ellos utilizan su navegador (Internet Explorer) como herramienta para leer la revista, y el 93% tiene “Windows” como sistema operativo.

El ordenador personal (*Personal Computer*, o PC) fue inventado en 1974 por Ed Roberts, propietario de [MITS -Micro Instrumentation Telemetry Systems](#), una pequeña empresa de Albuquerque (New Mexico, EE.UU)-, cuyo modelo [Altair](#) fue el primer ordenador ideado para uso doméstico. Le siguieron, en 1977, el [Commodore PET](#) (Commodore Business Machines), el

<sup>6</sup> W. KIP VISCUSI, op. cit., p. 44.

Tandy TRS-80 (Tandy Corporation -RadioShack-) y el Apple II (Apple). No obstante, la popularidad del PC llegó en agosto de 1981, con el lanzamiento al mercado del IBM-PC, modelo desarrollado por IBM -International Business Machines-, más ligero, barato, rápido y con mayor capacidad de memoria. Su procesador (Intel 8088, inventado por Intel) y su sistema operativo (MS-DOS -Microsoft Disk Operating System-) contribuyeron de forma decisiva al éxito del modelo de IBM, que en poco tiempo se situó como líder indiscutible del mercado de ordenadores personales, con los consiguientes beneficios para las tres empresas implicadas en el proyecto.

Desde su fundación por Paul G. Allen y Bill Gates en Seattle en 1975, Microsoft centró sus objetivos en crear sistemas operativos para ordenadores personales. Tras el lenguaje BASIC (1975, diseñado para el modelo Altair) y el MS-DOS (1981, para el IBM-PC), llegó “Windows” (1985, compatible con cualquier PC), que se convirtió en el sistema operativo más usado del mundo, con una cuota actual de mercado de más del 90%.

Un ordenador no puede realizar ninguna función sin un sistema operativo, una plataforma sobre la que se ejecutan los programas informáticos. El mercado de sistemas operativos se caracteriza por ser de **economía de escala**. Los costes fijos de crear un programa son muy altos y, una vez creado, se convierten en “**sunk costs**”, puesto que no pueden ser utilizados para otra finalidad y su distribución es relativamente barata. Además, los programas diseñados para ejecutarse en un sistema operativo sólo funcionan en otro si, previamente, han sido “importados”, lo cual es costoso en tiempo y precisa del conocimiento de una serie de datos que debe facilitar el creador del sistema. Los usuarios elegirán aquel sistema en el que se ejecuten el mayor número de programas, lo cual, a su vez, hará que los programadores, cuyo objetivo es vender el mayor número de copias posible de sus programas, los desarrollos para funcionar en el sistema operativo usado por la mayoría de consumidores.

Dado que Windows es el sistema operativo utilizado por casi todos los usuarios de ordenadores personales y, por tanto, aquel para el que existe un mayor número de programas, los fabricantes consideran necesario preinstalarlo en sus ordenadores, previa contratación de la licencia de Microsoft. Además, un ícono en el escritorio de un ordenador personal con sistema operativo Windows proporciona un incalculable valor promocional y distributivo para cualquier proveedor de servicios y programas.

Para lograr esta elevada cuota de mercado, Microsoft incurrió en una serie de prácticas comerciales que los representantes<sup>7</sup> de la División *Antitrust* del Departamento de Justicia del gobierno de los EE.UU. consideraron como excluyentes de la competencia, motivo por el que, el 18 de mayo de 1998, demandaron a Microsoft, el mayor fabricante mundial de programas informáticos o *software* (*United States v. Microsoft Corp., No. 98-1232 (DDC)*).

No era la primera vez que el Gobierno Federal de los EE.UU. demandaba a Microsoft por comportamientos anticompetitivos: ya lo hizo el 15 de julio de 1994, por motivos parecidos, ante el mismo tribunal y con el mismo juez ha conocido del caso que nos ocupa ahora (Thomas Penfield Jackson, Juez Federal del Distrito de Columbia). Tras el acuerdo final de 21 de agosto de 1995, que concluyó aquel pleito, Microsoft no cumplió con lo acordado, por lo que el 20 de octubre de 1997 los actores exigieron del Tribunal la declaración de que Microsoft incumplió la decisión (Petition by the United States for an order to show cause why respondent Microsoft Corporation

---

<sup>7</sup> Entre otros A. Douglas Melamed (Principal Deputy Assistant Attorney General for Antitrust Division) o David Boies (consejero especial).

*should not be found in civil contempt*). Éste se pronunció el 11 de diciembre de 1997, y adoptó una media cautelar (“preliminary injunction”, obligar a Microsoft a no vincular las licencias de Windows con la preinstalación y distribución de Internet Explorer), de nuevo incumplida y apelada por Microsoft (entre otras cosas porque la medida se refería al nuevo sistema operativo Windows 98, cuando todo el proceso se había referido a Windows 3.1 y 95; y porque el juez Jackson había adoptado una medida cautelar cuando las partes le habían solicitado una declaración de incumplimiento (*contempt*) y una decisión definitiva de no hacer (*permanent injunctive relief*)). El 12 de mayo de 1998 el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia estimó el recurso de Microsoft y suspendió la medida adoptada por el juez de instancia. La reacción de los actores fue la demanda que ahora nos ocupa.

En su **demand**, alegaron que la demandada había incurrido en prácticas anticompetitivas en violación de los **§§ 1 y 2 de la Sherman Antitrust Act** (15 United States Code §§ 1 y 2), una ley federal aprobada en 1890 con el fin de prevenir y reprimir actividades restrictivas de la competencia en el mercado interestatal estadounidense<sup>8</sup>.

#### **§ 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 concreto, la **demand** afirmaba que Microsoft:

1. Había vinculado sus programas a su sistema operativo “Windows”, de forma tal que sólo contrataba licencias de Windows con los fabricantes de ordenadores si éstos, a su vez, preinstalaban y distribuían Internet Explorer (el navegador desarrollado por Microsoft) y mantenían los iconos, sonidos y apariencia creada por Windows. De esta forma, cada ordenador vendido con el sistema operativo de Microsoft incluía gratuita y forzosamente Internet Explorer y, con independencia del fabricante del *hardware*, prácticamente todos los usuarios de ordenadores

---

<sup>8</sup> Esta norma fue la aplicada por el Tribunal Supremo de los EE.UU. para dividir otros dos gigantes de la industria norteamericana, como *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, \(1910\)\*](#)) y *American Tobacco Company*, de James Buchanan Duke ([\*U.S. v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 \(1911\)\*](#)).

personales tienen el mismo escritorio, oyen los mismos sonidos y ven los mismos iconos cuando encienden, utilizan y apagan su ordenador.

*"[A]greements tying other Microsoft software products to Microsoft's Windows operating system"*

2. Había adoptado acuerdos -excluyentes de la competencia- con otras empresas en los cuales

- a) Impedía o evitaba el derecho de las empresas firmantes a ofrecer servicios prestados o programas desarrollados por competidores, reales o potenciales, de Microsoft.

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

- b) Restringía la distribución, promoción, compra o utilización de productos distintos a los fabricados por Microsoft.

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

El mismo día que el Gobierno Federal, 20 estados<sup>9</sup> y el Distrito de Columbia presentaron otra demanda alegando violaciones similares tanto del derecho federal como del derecho estatal.

La competencia para conocer de las violaciones de la *Sherman Act* recae sobre los tribunales federales de distrito ([§ 4 Sherman Act \(15 U.S.C.\)](#) y §§ [1331](#) y [1337](#) (28 U.S.C.)). En este caso, dado que la actora tiene su sede en Washington D.C. perteneciente al [Distrito de Columbia](#), y que la demandada comercia y tiene oficinas en este distrito ([Microsoft MidAtlantic Offices](#) y [Microsoft Government Offices](#)) la competencia recayó sobre el Tribunal Federal de este Distrito.

[Thomas Penfield Jackson](#), Juez Federal del Distrito de Columbia al que aleatoriamente (según la [regla 40.3 de las Local Civil Rules of the United States District Court for the District of Columbia](#)) le correspondió conocer del caso, acumuló -a petición de Microsoft- ambas demandas el 22 de mayo de 1998, y casi un año y medio después, el 5 de noviembre de 1999, presentó sus [antecedentes de hecho \(United States v. Microsoft Corp., 84 F.Supp.2d 9 \(D.D.C. 1999\), "Findings of Fact"\)](#).

Considero probado que Microsoft disfrutaba de un monopolio en el mercado de sistemas operativos para ordenadores personales. En virtud de este monopolio, y, con el fin de mantenerlo:

---

<sup>9</sup> California, Connecticut, Florida, Illinois, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, New York, North Carolina, Ohio, Utah, West Virginia, Wisconsin. El 7 de diciembre de 1998, [Charles Condon](#), fiscal general de [South Carolina](#), desistió de la demanda; y el 12 de julio de 2001 [Patricia Madrid](#), fiscal general de [New Mexico](#), pactó con Microsoft.

- Había integrado tecnológicamente dos productos independientes, como “Windows” –un sistema operativo- e “Internet Explorer” –un navegador de internet-, de forma tal que la eliminación del segundo comportaba que el primero no funcionase correctamente, todo ello con el fin de potenciar el uso de su navegador por encima de los desarrollados por la competencia.
- Había obligado a los fabricantes a incluir Internet Explorer como navegador de internet, y les había prohibido modificar los iconos, sonidos, fondos de escritorio y apariencia inicial o final de Windows, bajo la amenaza de no otorgarles la licencia del sistema operativo “Windows”. Ello provocó que los fabricantes dejaran de promocionar o incluir en el escritorio otros navegadores, como “Netscape Navigator”.
- Había ofrecido su navegador de forma gratuita a los proveedores de servicios de internet, les había otorgado bonos por cada usuario de internet que accediera a la red a través de su navegador, y les había concedido la posibilidad de incluir, en el escritorio de Windows, un ícono de acceso directo a sus servicios.
- Igualmente, había ofrecido su navegador sin coste alguno a los fabricantes de programas de desarrollo, mantenimiento y diseño de páginas web.
- Había acordado con Apple (fabricante de ordenadores Macintosh, que utilizan MAC OS, un sistema operativo diferente a Windows) que sólo continuaría desarrollando programas para su sistema operativo (Mac Office) si ésta colocaba como navegador Internet Explorer.
- Había creado y desarrollado JVM (*Java Virtual Machine*) con el fin de excluir del mercado a Java, un “middleware” desarrollado por Sun Microsystems y distribuido por Navigator. Un “middleware” es un software que actúa como una plataforma que permite que cualquier programa se ejecute sobre ella. Ello haría que los programadores desarrollasen sus programas para funcionar sobre la plataforma, compatible con cualquier sistema operativo, y Windows dejaría de ser necesario para poder ejecutar programas (puesto que cualquier sistema operativo que la tuviera instalada podría hacerlo), con el consiguiente riesgo para el –hasta entonces- monopolio de Microsoft. El único fin de JVM fue el de hacer más difícil importar aplicaciones de Microsoft a otros sistemas diferentes, y mantener las barreras de entrada al mercado de sistemas operativos
- Había presionado al fabricante de microprocesadores Intel, que apoyaba el proyecto de Sun y Navigator, para que cesara en su ayuda. De lo contrario, Microsoft apoyaría a otro fabricante de microprocesadores, AMD, y rechazaría distribuir Windows con ordenadores que integrasen microprocesadores Intel.

Además, designó como mediador a [Richard A. Posner](#) (catedrático de derecho de la universidad de Chicago y –por entonces- presidente del tribunal de apelaciones del séptimo circuito) para tratar de que las partes llegaran a un acuerdo, e invitó a [Lawrence Lessig](#) (catedrático de derecho de la universidad de Stanford) a participar en el proceso como *amicus brief* (emitir un dictamen sobre cuáles serían sus conclusiones en el caso).

El 3 de abril de 2000, tras fracasar los intentos mediadores, el juez Jackson presentó sus conclusiones de derecho ([United States v. Microsoft Corp., 87 F.Supp.2d 30 \(D.D.C. 2000\), “Conclusions of Law”](#)).

En ellas, el Juez consideró que Microsoft:

- Mantenía su situación de monopolio en el mercado de sistemas operativos a través de prácticas contrarias a la competencia (*illegal monopoly maintenance*) en violación del [§ 2 Sherman Act](#).
- Intentaba monopolizar el mercado de navegadores de internet (*attempted to monopolize*), en violación del [§ 2 Sherman Act](#).
- Incurría en prácticas restrictivas de la competencia (*illegal tying arrangement<sup>10</sup>*) al integrar su navegador Internet Explorer con el sistema operativo Windows, en violación del [§ 1 Sherman Act](#).
- - Violaba el [§ 2 Sherman Act](#), si se tenía en cuenta, por si sola, su conducta global.
- No incurría en acuerdos excluyentes de la competencia en violación del [§ 1 Sherman Act](#) al acordar con los proveedores de servicios de internet, programadores y fabricantes de ordenadores la distribución y promoción de su navegador (puesto que los competidores podían seguir promocionando y distribuyendo sus productos por vías alternativas). No obstante, estos mismos acuerdos sí violaban el [§ 2 Sherman Act](#) por mantenimiento ilegal de monopolio.

Y dos meses después, el 7 de junio de 2000, dictó [sentencia \(\*United States v. Microsoft Corp., 97 F.Supp.2d 59 \(D.D.C. 2000\), "Final Judgment\*](#)) en la que, tras considerar probada la violación de la *Sherman Antitrust Act* por mantenimiento ilegal de monopolio (*illegal monopoly maintenance*), intento de monopolio (*attempted monopolization*) y acuerdos restrictivos de la competencia (*illegal tying arrangement*), resolvió:

1. Dividir Microsoft en dos compañías diferentes, una de sistemas operativos -que recibiría todo el negocio de Windows- y otra de aplicaciones informáticas -que continuaría con el resto de actividades, incluyendo Internet Explorer y Office-.
2. Requerir a Microsoft la divulgación de la información técnica necesaria para asegurar que el software desarrollado por los competidores funcionara sobre Windows.
3. Prohibir a Microsoft concluir contratos por los que obligue a terceros a restringir el desarrollo, producción, distribución, promoción o uso de programas distintos a los de la demandada.
4. Obligar a Microsoft a no condicionar el otorgamiento de licencias de Windows al desarrollo, promoción o distribución de productos por ella comercializados.

Además de los legales, cuatro fueron los motivos que identificó el tribunal para justificar esta decisión:

1. Microsoft no ha reconocido en ningún momento que sus actividades han violado la *Sherman Act*.

---

<sup>10</sup> Negativa del vendedor a vender su producto o servicio a menos que el comprador adquiera también otro producto o servicio diferente.

2. Consecuentemente, continúa con la misma forma de hacer negocios que en el pasado.
3. Microsoft ha probado no ser merecedora de confianza (*untrustworthy*).
4. El Gobierno, que actúa en virtud del interés general, ha ganado el pleito, por lo que tiene derecho a escoger el remedio adecuado a las violaciones consideradas como probadas.

El Juez Jackson, en cumplimiento de la [Expediting Act, 15 U.S.C. § 29b](#) (que permite el recurso directo ante el Tribunal Supremo de los EE.UU. si el caso es de interés general), certificó el caso como susceptible de ser apelado ante el Tribunal Supremo. Así lo hizo Microsoft, que el 25 de julio de 2000 presentó su recurso ([Jurisdictional Statement to the Supreme Court](#)). Dos meses después, el 26 de septiembre de 2000, éste Tribunal [denegó el certiorari \(Microsoft Corp. v. United States et. alii, 530 U.S 2000\)](#), y devolvió las actuaciones al Tribunal Federal de apelaciones del Distrito de Columbia.

El 27 de noviembre de 2000 los abogados de Microsoft [recurrieron en apelación](#) ante este Tribunal y en su recurso:

1. Cuestionaron los hechos y la legalidad de las conclusiones de derecho.

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

2. Instaron la nulidad de la sentencia porque el tribunal de instancia no les concedió la celebración de una nueva vista en la que aportarían más pruebas sobre hechos controvertidos y sobre la imposibilidad fáctica de dividir Microsoft en dos compañías diferentes.

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

3. Solicitaron la descalificación del juez de instancia y la anulación de los antecedentes de hecho, de las conclusiones de derecho y de la sentencia final, por considerar que el juez había violado el código ético al realizar comentarios públicos y mantener contactos *ex parte* que ponían en duda su imparcialidad.

*"[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 junio de 2001 el Tribunal Federal de Apelaciones del Distrito de Columbia dictó sentencia ([United States of America, Appellee, v. Microsoft Corporation, Appellant, 253 F.3d 34](#)) por la cual:

- 1º. Estimó en parte el recurso, al considerar que:

- a. Microsoft sólo era culpable de mantenimiento ilegal de monopolio ([§ 2 Sherman Act](#)).

Aunque absolió a Microsoft de tres conductas que el juez Jackson había considerado vulneradoras del [§ 2 Sherman Act](#) (diseñar JVM de un forma incompatible con el desarrollado por Sun; ofrecer el software de Microsoft de forma gratuita a los proveedores de internet y otorgarles bonos por cada internauta que utilizara su navegador; y diseñar Windows de forma que en ciertas ocasiones se anulara la posibilidad del usuario de escoger entre Internet Explorer y otro navegador), confirmó el resto de los pronunciamientos y reconoció que Microsoft había mantenido su situación de monopolio de una forma ilegal al imponer barreras de entrada.

- b. Microsoft no era culpable de intento de monopolio en el mercado de navegadores de internet ([§ 1 Sherman Act](#)) ni su conducta global, por si sola, constituía violación alguna del [§ 2 Sherman Act](#).

Así, ni los actores ni el tribunal de instancia habían definido el mercado relevante que se intentaba monopolizar, ni habían demostrado que existieran barreras de entrada a otros navegadores. En cuanto a la conducta global, el único acto al que se refiere la sentencia es la promoción del navegador de Microsoft, que no viola -según el Tribunal de apelaciones- ningún artículo de la Sherman Act.

- c. En cuanto a los *tying arrangements*, consideró necesarias más pruebas, por lo que el tribunal de instancia debía realizar nuevas actuaciones.

Para llegar a esta conclusión, aplicó cuatro criterios:

1º. Para ser condenado como excluyente, un acto realizado por un monopolista debe tener un efecto anticompetitivo, esto es, debe dañar el proceso competitivo y a los consumidores.

2º. El demandante debe probar que dicho acto daña a la competencia, y no sólo a un competidor.

3º. El monopolista puede justificar que su conducta favorece la competencia, extremo que debe ser desvirtuado por el actor.

4º. El actor debe demostrar que el daño causado por la conducta monopolística es mayor que los beneficios procompetitivos de la misma.

## 2º. Anuló la sentencia de primera instancia.

Y ello por tres razones:

- a. Porque el juez de instancia no había concedido audiencia a Microsoft a pesar de que había ciertas disputas fácticas sobre la decisión judicial de dividir la compañía

*"[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. Porque el juez no había aportado "razones adecuadas" que justificasen su decisión.

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

c. Porque al modificar la culpabilidad de Microsoft, el tribunal de distrito debe pronunciarse de nuevo sobre el remedio a adoptar. El Tribunal reconoce que le monopolio de Microsoft no ha sido ilegalmente adquirido, pero si ilegalmente mantenido, por lo que el objetivo del remedio ha de ser terminar con las prácticas de exclusión para mantenerlo.

*"[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".*

3º. Retiró del caso al Juez [Thomas Penfield Jackson](#) –Senior Judge- por conducta desleal y apariencia de parcialidad ya que, según la corte, había violado el código de conducta de los jueces de los EE.UU. (artículos 2, 3A(6) y 3A(4) [Code of Conduct for United States Judges](#)) al mantener entrevistas y contactos secretos con periodistas, antes de finalizar el caso, en las que discutió emitir y opiniones personales sobre el mismo.

*"[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".*

Así, el tribunal considera probado que, entre septiembre de 1999 y la fecha de la sentencia final (junio de 2000), el juez mantuvo entrevistas secretas con varios periodistas en las que describió y calificó las conductas de Microsoft. Le dijo a los reporteros que el testimonio de Bill Gates era inherentemente increíble ("Bill Gates' testimony is inherently without credibility. If you can't believe this guy, who else can you believe?", Brinkley & Lohr, NEW YORK TIMES), y comentó con un compañero de tribunal que le pediría al CEO de Microsoft que escribiese una recensión sobre Napoleón Bonaparte ("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). En cuanto a la integración del navegador y el sistema operativo de Microsoft, comentó que no eran en beneficio 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

4º. Y devolvió las actuaciones al tribunal federal de distrito en el que, de nuevo aleatoriamente, se hizo cargo de las mismas [Colleen Kollar-Kotelly -Active Judge-](#), Juez Federal del Distrito de Columbia.

Ésta ordenó a las partes entrar en negociaciones para tratar de concluir un posible acuerdo transaccional y fijó un calendario para la realización de nuevas pruebas, en caso de que no llegaran a ningún acuerdo ([United States v. Microsoft Corp., Nos. 98-1232 and 98-1233 \(D.D.C. Sept. 28, 2001\)](#)).

El 6 de noviembre de 2001, el Departamento de Justicia, nueve de los estados demandantes<sup>11</sup> y Microsoft le entregaron el “[Revised Proposed Final Judgement](#)”, que reflejaba sus principales acuerdos y que tenía como fin remediar los efectos anticompetitivos del comportamiento de la demandada y terminar con el mantenimiento ilegal del monopolio. Una vez homologado por el tribunal, el acuerdo tendría una duración de 5 años.

En su virtud, Microsoft:

1º. No adoptará ningún tipo de represalia contra aquellos fabricantes de ordenadores que:

- a. Desarrollen, distribuyan, promocionen, utilicen o adquieran un software desarrollado por un competidor de Microsoft.
- b. Vendan un ordenador personal que incluya más de sistema operativo.

2º. No resolverá ningún contrato de licencia de Windows con un fabricante sin haberle notificado por escrito las razones de su decisión y sin haberle concedido un periodo mínimo de 30 días para solucionar dicha razón (excepto si el fabricante ya ha recibido dos o más avisos durante el periodo de vigencia del contrato).

3º. Publicará en una página web accesible a los demandantes y a los fabricantes las tarifas uniformes por el uso del sistema operativo “Windows”, si bien éstas pueden variar en función del idioma o del volumen de compra.

---

<sup>11</sup> Illinois, Kentucky, Louisiana, Maryland, Michigan, New York, North Carolina, Ohio, Wisconsin.

4º. No adoptará ningún acuerdo que restrinja el derecho de los fabricantes a:

- a. Instalar iconos, sonidos o menús distintos a los proporcionados por Windows para aquellos productos que no sean los comercializados por Microsoft.
- b. Distribuir o promocionar un “middleware” distinto al de Microsoft mediante la colocación de iconos de estos productos en el escritorio del ordenador.
- c. Ejecutar automáticamente otros “middleware” distintos a los desarrollados por Microsoft.
- d. Ofrecer a los consumidores la posibilidad de utilizar otro sistema operativo.

5º. Divulgará, tan pronto como ponga en venta el “Service Pack” de Windows XP o 12 meses después de la entrega al tribunal del acuerdo, las aplicaciones e interfaces necesarias usados por el “Microsoft middleware” para interactuar con el sistema operativo. No obstante, no divulgará ninguna información que pueda comprometer la seguridad de un programa o grupo de programas de antipiratería, anti-virus, encriptación, o sistemas de autenticación, salvo que le sea requerido por el tribunal o la autoridad gubernamental competente.

6º. No adoptará ningún tipo de represalia contra aquellos programadores o fabricantes de *hardware* que:

- a. Desarrollen, distribuyan, promocionen, utilicen o apoyen un software desarrollado por un competidor de Microsoft.
- b. Vendan un ordenador personal que incluya más de sistema operativo.

7º. No adoptará ningún acuerdo con:

- a. Proveedores de acceso a internet, proveedores de contenidos, programadores o fabricantes de *hardware* en el que condicione la concesión de ayudas o subvenciones exclusivamente en el hecho de que éstos utilicen, distribuyan, promuevan o apoyen un producto comercializado por Microsoft, excepto si media buena fe y la contraparte del acuerdo puede promocionar o distribuir otros productos distintos a los fabricados por la demandada.
- b. Proveedores de acceso a internet o proveedores de contenido en el que condicione la colocación de iconos de acceso directo en el escritorio de Windows a que estos proveedores se abstengan de distribuir, promocionar, que o utilizar un *software* que compita con Microsoft.

8º. Permitirá que los fabricantes y los usuarios finales de los ordenadores puedan, mediante un sencillo proceso diseñado con iconos:

- a. Activar o eliminar cualquier programa, sea o no Microsoft.
- b. Escoger un programa que no sea el desarrollado por Microsoft (cuando hasta ahora Windows siempre ejecuta prioritariamente el de la demandada).

- c. Confirmar si desean que Windows cambie o no los iconos y el menú de entrada instalado por el fabricante.

La responsabilidad de asegurar el cumplimiento de los acuerdos recae sobre los demandantes. Para ello, las partes han acordado crear tres órganos:

I. Los estados demandantes crearán un comité, y el gobierno federal nombrará un representante, que podrán:

1º. Acceder durante horas de oficina a las instalaciones de Microsoft e inspeccionar todos los documentos que estén en posesión, custodia o control de Microsoft, bajo la presencia de un responsable de la compañía.

2º. Entrevistar, formal o informalmente y a la comodidad de Microsoft, a empleados o agentes de la compañía, bajo la presencia de un responsable.

3º Solicitar por escrito y con antelación suficiente un informe sobre el cumplimiento de lo acordado en el settlement.

4º. Requerir de los tribunales la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento de las medidas acordadas por las partes, si bien los actores deben conceder a Microsoft una oportunidad razonable de subsanar el incumplimiento.

Ninguna información o documentación adquirida por estos métodos podrá ser divulgada si no es en un procedimiento legal para asegurar el cumplimiento del acuerdo.

II. Las partes crearán un comité técnico (*"Technical Committee"*), compuesto por tres personas (una designada por cada parte, y la tercera escogida por las dos primeras) expertas en programación y diseño de software, sin ninguna incompatibilidad (no deben haber trabajado para Microsoft ni para ningún competidor, ni haber testificado en el proceso judicial como expertos), pagadas por Microsoft y con oficina en su sede (Redmon, Washington), con el fin de garantizar el cumplimiento de los acuerdos. Cada miembro del comité puede nombrar todos aquellos ayudantes que considere necesarios. El cargo tiene una duración inicial de 30 meses, prorrogables, y una vez terminado no podrán trabajar para Microsoft ni para ningún competidor hasta dos años después de la finalización de su labor. Entre sus funciones, tienen los siguientes poderes y obligaciones:

1. Controlar que Microsoft cumple con las obligaciones asumidas en el acuerdo.
2. Con la antelación necesaria, pueden:
  - a. Entrevistar, formal o informalmente y a la comodidad de Microsoft, a cualquier trabajador, quien puede solicitar la presencia de un responsable de la compañía.
  - b. Inspeccionar o copiar cualquier documento en posesión, custodia o control del personal de Microsoft.
  - c. Obtener acceso a cualquier sistema o equipo al que pueden acceder los trabajadores de Microsoft.
  - d. Visitar e inspeccionar cualquier edificio o instalación de Microsoft.

3. Recibir demandas de terceras partes sobre actividades que pueden vulnerar el acuerdo.
4. Informar a los demandantes, por escrito y cada 6 meses, de todas las actividades que han llevado a cabo.
5. Notificar inmediatamente a los demandantes de cualquier incumplimiento llevado a cabo por la demandada.
6. Mantener la confidencialidad de todos los datos e informaciones adquiridas con razón de su cargo.

III. Microsoft nombrará un responsable interno para administrar el cumplimiento del acuerdo.

Al ser una transacción en la que era parte el Gobierno de los EE.UU., iniciaron el proceso para obtener la homologación del mismo por el tribunal.

Esta aprobación es necesaria al prescribirlo así la [Tunney Act, 15 U.S.C. § 16 \(b\)-\(h\)](#), una ley federal aprobada en 1974 como consecuencia del escándalo del Watergate y de que se demostrara que la administración Nixon, en un caso de competencia contra ITT, había transigido de forma poco favorable a los intereses generales tras haber recibido una generosa contribución de la contraparte -400.000\$- a la campaña del partido republicano.

Esta ley obliga a hacer público el texto del acuerdo, tras el cual se abre un periodo de 60 días en el que terceros interesados en el proceso pueden presentar alegaciones al mismo. El Gobierno debe responder a los mismos y justificar que el acuerdo responde al interés general. Finalmente, el Tribunal resolverá si aprobar o no el acuerdo, o sugerir cambios en el mismo para conceder la homologación.

El texto del acuerdo y los efectos competitivos del mismo ([competitive impact statement](#)) fueron hechos públicos el 15 de noviembre de 2001. El 27 de febrero de 2002 las partes entregaron al Tribunal el “[Second Revised Proposed Final Judgment](#)” (con muy pocas [modificaciones](#)) y el 28 de febrero de 2002 el Departamento de Justicia entregó al Tribunal los [32.392 comentarios](#) que recibió, publicados el 3 de mayo en el registro federal, y la [respuesta](#) a los mismos.

El 1 de noviembre de 2002 la Juez Federal [Colleen Kollar Kotelly](#) hizo públicas tres “[memorandum opinión](#)” (una que refleja su decisión en el pleito iniciado por el Gobierno Federal –[United States of America v. Microsoft, Civil Action No. 98-1232 \(CKK\)](#)–, y dos para los nueve gobiernos estatales que se sumaron 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](#)–). Además, redactó un [resumen](#) para todas aquellas personas interesadas en el tema). En ellas, indicó que los acuerdos adoptados por las partes (antes mencionados) eran justos, razonables y cumplían con el requisito del interés general, con una única salvedad: las partes debían permitir que el tribunal, “motu proprio”, pudiera iniciar actuaciones y adoptar todas las decisiones y sanciones que considerara oportunas para asegurar la efectiva implementación de los acuerdos. La jueza aprobó condicionalmente la transacción si las partes incluían el siguiente párrafo:

“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”.

Las partes introdujeron la modificación indicada por la juez y el 8 de noviembre de 2002 le entregaron el [Third Revised Proposed Final Judgment](#). Finalmente, el 12 de noviembre de 2002, Collen Collar-Kotelly aprobó el [acuerdo final](#).

El pleito, a fecha de hoy, continúa abierto sólo para los estados de Massachusetts y West Virginia. El resto (California, Connecticut, Florida, Iowa, Kansas, Minnesota y Utah), han aceptado los términos del acuerdo.

### **3. La transacción del «Mar Egeo» en el Real Decreto-Ley 6/2002, de 4 de octubre: Perjudicados por el siniestro contra el Estado y otros**

#### **1. Los vertidos de crudo al mar en las últimas tres décadas**

Entre 1970 y 2001 tuvieron lugar aproximadamente 10.000 vertidos de crudo al mar, de entre los cuales 1.183 vertidos de entre 7 y 700 toneladas y 410 de más de 700 toneladas ([International Tanker Owners Pollution Federation Ltd.](#), [“Accidental Tanker Oil Spill Statistics”](#)).

La mayor parte de éstos son inferiores a las 7 toneladas y resultan de operaciones rutinarias de carga y descarga en puertos y terminales. A diferencia de los pequeños vertidos, los vertidos de más de 700 toneladas tienen como causas principales: el embarrancamiento del buque (34 %), una colisión (28 %) o problemas en el casco (14 %).

Los vertidos mayores de 7 Tm han disminuido en número, sobre todo aquellos de más de 700 toneladas. Que la tendencia sea a la baja lo demuestra el hecho de que en la década de los 70, existía una media de 24,2 vertidos de más de 700 toneladas al año, y que ésta descendió a 8,3 en los 80 y a 7,3 en los noventa. Mas siempre que se produce uno de estos vertidos, la cantidad de crudo derramada al mar se dispara. Esto ha ocurrido, al menos una vez por década: «Atlantic Empress» (año 1979, 287.000 toneladas), «Castillo de Bellver» (año 1983, 252.000 toneladas) y «ABT Summer» (año 1991, 260.000 toneladas). La tabla siguiente proporciona información sobre los vertidos de mayor entidad ocurridos desde 1970:

Buque	Año	Lugar	Aceite vertido (en toneladas)
Atlantic Empress	1979	Proximidades de tobago	287.000
ABT Summer	1991	700 millas de Angola	260.000
Castillo de Bellver	1983	Proximidades de la Bahía de Saldaña (Sudáfrica)	252.000
Amoco Cadiz	1978	Proximidades de Bretaña (Francia)	223.000
Haven	1991	Genoa (Italia)	144.000
Odyssey	1988	700 millas de Nova Scotia (Canadá)	132.000
Torrey Canyon	1967	Islas Scilly (Reino Unido)	119.000
Urquiolá	1976	La Coruña (España)	100.000
Hawaiian Patriot	1977	300 millas de Honolulu	95.000
Independenta	1979	Bósforo (Turquía)	95.000

Jakob Maersk	1975	Oporto (Portugal)	88.000
Braer	1993	Islas de Shetland (Reino Unido)	85.000
Khark 5	1989	120 millas de la costa atlántico de Marruecos	80.000
Aegean Sea	1992	La Coruña	74.000
Sea Empress	1996	Milford Haven (Reino Unido)	72.000
Katina P.	1992	Proximidades de Maputo (Mozambique)	72.000
Assimi	1983	55 millas de Muscat (Oman)	53.000
Metula	1974	Estrecho de Magallanes (Chile)	50.000
Wafra	1971	Proximidades del Cabo Agulhas (Sudáfrica)	40.000
Exxon Valdez	1989	Prince William Sound (Alaska. USA)	37.000

Después del naufragio del petrolero «Prestige» el pasado 20 de noviembre, en el que se perdieron 77.000 toneladas de crudo al mar, el caso del buque «Mar Egeo», que comentamos a continuación, ha ocupado la plaza 15 en la lista de mayores vertidos.

## ***2. El naufragio del «Mar Egeo»***

El embarrancamiento y pérdida del petrolero «Mar Egeo», según los hechos probados de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de La Coruña de 30.4.1996, son, editados por InDret, como siguen:

“[E]l buque O.B.O (Ore Bulk Oil), de bandera griega, “Aegean Sea”, cuyo armador era la entidad “Aegean Sea Traders Corporation”, de 114.037 toneladas de peso muerto, con una eslora total de 261,02 metros, y con un cargamento de 79.300 toneladas de petróleo crudo ... procedente del puerto de Sullóm Voe, en la isla de Shetland, Reino Unido, con destino a la terminal de Repsol del puerto de la Coruña y al mando del capitán **Constantinos Stavridis**, ... llegó a las costas de la ciudad de La Coruña y fondeó en la medianoche del día 30 de Noviembre de 1992 en la ría de Ares. ... No consta que ... el capitán, que era la primera vez que llegaba a este puerto, recabara información alguna sobre sus circunstancias, maniobra de aproximación recomendable o normas de seguridad del puerto”

“La espera en el punto de fondeo se desarrolló sin problemas a pesar de la existencia de temporal de componente Oeste”, hasta que “el día 3 de diciembre..., entre las 1,45 horas y las 2,00 horas, el práctico de guardia en el puerto, **Rodolfo García Otero...**” indicó al buque “que se fuera preparando, pues el pantalán (número 3) donde iba a quedar amarrado, estaba a punto de quedar libre”.

“A las 2,30 horas comenzó la maniobra de virar el ancla en el buque..., que tardó una hora en concluir ... por culpa del mal tiempo... Una vez liberado el buque, éste emprendió su marcha... a las espaldas de que... quedara libre el canal Oeste, por donde aquél tendría que entrar... A las 3,45 horas el práctico estableció una tercera comunicación con el barco, para manifestarle que lo esperaba en el canal Oeste, y que entrara por él... El práctico, ante el mal tiempo que hacía, decidió esperar al barco a la altura de la boyera de Cabanés, a pesar de estar obligado por las normas del Reglamento de Practicaje del Puerto de la Coruña a prestar sus servicios de asistencias ya en la zona exterior de este puerto”.

“El buque mantuvo el rumbo indicado..., hasta ... las 4,23 horas, cuando inició el giro a babor, para coger la enfilación del canal por el que debía entrar. Este giro lo realizó... con la intención de

coger la enfilación justo en las inmediaciones de la zona más angosta del canal de forma que el barco se vio obligado a realizar este cambio de rumbo, de 268 grados a los 108 grados de enfilación, en la zona que,... está más próxima a la costa.... El capitán actuó de este modo, confiando en la maniobrabilidad del buque..., que inició tal caída a babor a una velocidad de 4 ó 5 nudos, respondió bien a la maniobra, pues en 2 minutos cayó al rumbo 220. A partir de este momento, el buque, que mostraba su costado al viento del S.W. que soplaba en aquellos momentos, empezó a tener problemas, pues 5 minutos después -a las 4,30 horas- sólo había caído un grado. El tiempo había empeorado..., se produjo un chubasco que anulaba la visibilidad por completo, acompañado de vientos de 33 kms. hora de media, y rachas de 49 kms. por hora, lo que [impedía] que el barco continuara la maniobra de giro. Ante esta situación, el capitán ordenó poner todo avante y meter el timón todo a babor; sin embargo,... el buque se mostró lento en su caída, pues a las 4,38 horas sólo había alcanzado el rumbo 190, que ya no conseguiría rebasar, aunque el capitán creyó que el buque llegaría a caer a babor, y aunque finalmente trató de hacer una evasión cambiando el timón todo a estribor, resultó tardía, pues ya no tenía agua suficiente para ello y encalló, sobre las 4,50 horas, contra las rocas de la Torre de Hércules".

"Si bien se intentó poner nuevamente a flote el buque, los intentos realizados fueron inútiles, apareció una grieta en el casco del buque, que mostró la pérdida de gas inerte, se produjeron explosiones, se incendió el barco y se vertió el crudo al agua, que generó una marea negra que afectó a las costas de la provincia de la Coruña, en un área comprendida entre el Cabo Prioriño y la Punta Langosteira".

### ***3. El procedimiento penal***

Por los hechos anteriores se incoaron diligencias penales en el Juzgado de Instrucción nº 6 de La Coruña en las que se imputaron al capitán del buque Sr. Constantinos Stavridis y al práctico del puerto Sr. Rodolfo Francisco García Otero sendos delitos de imprudencia temeraria. Fue parte acusadora el Ministerio Fiscal y numerosas personas y entidades se constituyeron como acusaciones particulares. Comparecieron como responsables civiles directos "United Kingdom Mutual Steamship Assurance Association" y el [Fondo Internacional de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos](#) (FIDAC); y como responsables civiles subsidiarios, el Estado español, "Repsol Petróleo, SA" y "Aegean Sea Traders Corporation".

La sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de La Coruña de 30.4.1996 (Magistrado: Luis Barrientos Monge) condenó a los acusados por un delito de imprudencia temeraria a sendas penas de 300.000 ptas. de multa y declaró su responsabilidad civil directa por los daños producidos, junto con la de "United Kingdom Mutual Steamship Assurance Association" y la del Fondo Internacional de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos (FIDAC). También declaró la responsabilidad civil subsidiaria de "Aegean Sea Traders Corporation" y del Estado español. Finalmente, absolió a REPSOL de cualesquiera pretensiones indemnizatorias.

El juez resolvió que la conducta del capitán del buque, Sr. Constantinos Stavridis, no fue diligente "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".

“Ciento 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 practicaje 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 habría gozado de un mayor margen de seguridad al virar. Además, realizó 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 inculpado ser inconsciente de que la carga que portaba su buque era altamente contaminante”.

En cuanto al práctico del puerto, Sr. Rodolfo García Otero, el juez entendió que las normas adoptadas por la Comandancia de Marina de 23.5.1977, en las que expresamente se establecía 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”, eran de aplicación al caso, por lo cual el práctico sólo debería haber autorizado la entrada al puerto cuando existiere buen tiempo, mas “el Práctico ya sabía que [...] no podría subir al barco”, además infringió “una obligación de prestar un servicio reglamentario desde los límites exteriores del puerto (art. 9 del Reglamento de Practicaje)”. Por ello, el juez calificó de imprudente la conducta del práctico y consideró que había sido temeraria.

En cuanto a la responsabilidad civil por los daños ocasionados por la marea negra, el juez declara la responsabilidad directa de los acusados por cuotas del 50 %. La responsabilidad directa de la aseguradora United Kingdom Mutual Steam Ship Assurance Association queda limitada por las previsiones del art. V del Convenio de 29 de noviembre de 1969 y del FIDAC (dentro de los límites establecidos por el artículo 4 del convenio de 1971).

<b>Partes</b>	<b>Cantidad solicitada</b>	<b>Cantidad concedida</b>
Administración del Estado	1.154.500.000 ptas.	Ejecución de sentencia
Xunta de Galicia	246.212.672 ptas.	245.336.962 ptas.
Ayuntamiento de la Coruña	690.000.000 ptas.	24.281.515 ptas.
Ayuntamiento de Culleredo	3.000.000 ptas.	3.000.000 ptas.
Ayuntamiento de Oleiros	1.303.158.734 ptas.	30.644.784 ptas.
“Alpompor, SA”	81.037.735 ptas.	20.000.000 ptas.
Daniel Fernández Ríos y otros	Diversos conceptos no determinados económicamente	Ejecución de sentencia
Vicente Suárez Fernández y otros	Diversos conceptos no determinados económicamente	Ejecución de sentencia y exclusión de alguno de los perjudicados
Enrique Martínez García y otros	Diversos conceptos no determinados económicamente	Ejecución de sentencia
“Mexilor S.L.”	Diversos conceptos no determinados económicamente	259.027.638 ptas.
Cofradía de Pescadores y Mariscadores de Cedeira y otras	9.713.398.652 ptas.	Ejecución de sentencia
José Abeledo Freire y otros	4.987.500 ptas. por cada mariscador	Ejecución de sentencia
Cofradía de Pescadores de Ferrol y otras	Diversos conceptos no determinados económicamente	Ejecución de sentencia
Mariscadores de la Ría de el Burgo	Diversos conceptos no determinados económicamente	Ejecución de sentencia
Ramon Rañales Cotos y otros	79.085.600 ptas.	Ejecución de sentencia
Teresa Carneiro y otros	Diversos conceptos no determinados	Ejecución de sentencia

	económicamente	
"Repsol Petroleo, SA"	Diversos conceptos no determinados económicamente	110.529.854 ptas.

Recurrida en apelación la sentencia del Juzgado de lo Penal, la SAP de la Coruña, Sección 3ª, de 18.6.1997, en lo sustancial, redujo la responsabilidad civil subsidiaria por los daños sufridos por la Administración del Estado a un 50 % y aumentó la indemnización de "Repsol Petroleo, SA".

#### **4. La transacción**

El FIDAC, el UK Club Asegurador («United Kingdom Mutual Steamship Assurance Association») y el armador del Mar Egeo, «Aegean Sea Traders Corporation», ofrecieron al Estado español una transacción para poner fin a las controversias civiles, por la que el FIDAC se comprometió a abonar al Estado español 38.286.171,99 euros, que complementarían los 15.704.917,40 euros ya abonados, para poner fin a las controversias surgidas en la ejecución de la sentencia penal y en las reclamaciones civiles. Por su parte, la mayor parte de los afectados por el naufragio aceptaron las propuestas de indemnización propuestas por el Ministerio de Hacienda. Los citados acuerdos quedan reflejados en el Real Decreto-Ley 6/2002, de 4 de octubre, por el que se autoriza al Ministro de Hacienda a celebrar acuerdos transaccionales entre el Estado español, el Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos de 1971 y los perjudicados por el siniestro del buque «Mar Egeo», y se concede un crédito extraordinario por importe de 63.625.721,36 euros (BOE núm. 239, de 5 de octubre).

En el derecho español, los artículos 39.1 LGP y 88 LRJAPPAC establecen el régimen jurídico de la transacción cuando una de las partes implicadas es una administración 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".

Dice 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 menos críptica, InDret ha sostenido en otro lugar 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 caso, el RD-L 6/2002 autoriza al Ministerio de Hacienda para que, en nombre del Estado español, firme un acuerdo con el FIDAC, UK Club y el armador del «Aegean Sea», por el que el FIDAC se comprometa a abonar al Estado español 38.386.171,99 euros, a cambio de que éste, como interlocutor de los reclamantes, se comprometa a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por éstos (Artículo 1). En segundo lugar, autoriza al Ministerio de Hacienda para transigir con los particulares afectados que renuncien a sus acciones judiciales, en vía civil o penal y a cualquier otra extrajudicial (Artículo 2). En tercer lugar, se autoriza un crédito extraordinario de 63.625.721,36 euros (Artículo 3) que se financiará con la aportación del FIDAC y con Deuda Pública por importe de 25.239.549,37 euros (Artículo 4).

En el acuerdo con el FIDAC, UK Club y el armador del «Mar Egeo», el Estado español se compromete a indemnizar a los reclamantes que figuran en el anexo al RD-L y a cualesquiera otros que obtengan una resolución judicial de un Juzgado o Tribunal español condenatoria de FIDAC, UK Club o del armador; y éstos se comprometen a renunciar a cualquier acción de recobro contra el Estado español.

Los términos de los acuerdos transaccionales entre el Estado con los afectados prevén la aceptación por éstos de las valoraciones previstas en el anexo, compensando los créditos concedidos por el Instituto de Crédito Oficial, y la renuncia a emprender cualquier acción o recurso judicial en el futuro sobre la controversia.