

# LA LEY SHERMAN EN ACCION

Por: Raúl Chaname Orbe ( \*)

## SUMARIO :

- 1). Introducción a una controversia. 2). La Ley Sherman y el monopolio ilegal. 3) La Ley antimonopolio Clayton. 4). Sucedáneos legales antimonopolio. 5). Procedimientos administrativos y judiciales. 6). Fallo contra Microsoft.

### 1). Introducción a una controversia.

La demanda planteada por los usuarios de computadoras contra Microsoft, sin duda, puede ser considerado el juicio más relevante de la era informática. Originalmente la Federal Trade Commission (FTC) - establecida por Ley del Congreso de EE.UU. en 1914 para proteger al consumidor- planteó una investigación contra Microsoft, cuyo Presidente del Consejo de Administración era Bill Gates, la compañía con mayor rentabilidad, cuyo valor en bolsa superaba los 460 mil millones de dólares, por un supuesto ejercicio monopólico. Tras dos intentos de investigación legal, el Departamento de Justicia asume las investigaciones, cuestionando las limitaciones prácticas de la competencia en el mercado informático.

Tras un sonado debate en los medios de comunicación, diecinueve Estados individuales, y el Distrito de Columbia, se constituyen en demandantes y entablaron acciones civiles contra Microsoft Corporation, como demandado bajo los cargos de

haber violado la Ley Sherman (Act Sherman), que cuestiona las practicas anticompetitivas (15 U.S.C && 1 y 2). Finalmente el Juez Thomas Penfield Jackson el 7 de junio del 2000, falló a favor de los demandantes, señalando que Microsoft ha violado las leyes contra el abuso del monopolio, y obligándolos a que se divida en empresas independientes bajo los cargos:

- a). Practicas contrarias a la competencia.
- b). Intento de monopolizar el mercado de navegadores web; e
- c). Ilegal introducción del navegador *Explorer*, dentro del sistema operativo *Windows*.

### 2). La Ley Sherman y el monopolio ilegal.

La definición mas recurrida de monopolio es aquella que la concibe como el privilegio para comercializar sólo un bien, con ausencia de competencia. Hoy existen y se discuten otras definiciones, no obstante, a fines del

---

(\*) Profesor Ordinario de la Facultad.



siglo XIX esta primigenia idea hizo surgir un razonamiento legal antimonopolio.

Así surge, la Ley Sherman en los EE.UU. en 1890 –a iniciativa del congresista John Sherman-, con el propósito de declarar ilegal el monopolio del comercio, la fusión o el conspirar para restringir la competencia, entre los diversos Estados de la Unión, y también en el comercio con otros países, que se podría manifestar en dos formas:

- a)- Participar de un contrato, combinación o conspiración que tenga por objeto restringir el comercio y/o
- b)- Monopolizar, intentar monopolizar, reunirse, establecer connivencia o conspirar para monopolizar temporal o permanentemente una actividad económica.

Una empresa viola la ley Sherman, cuando trata de mantener o adquirir una posición de monopolio mediante métodos no razonables, tales como fijación de precios, manipulación de ofertas y otras actividades concertadas. Para los tribunales de justicia, un factor para determinar lo que no es razonable es si la práctica tiene una justificación comercial legítima, basada en su propia eficiencia.

Es necesario precisar que en los EE.UU. hay algunos sectores y ramas específicas de la producción que gozan de privilegios monopólicos establecidos por autorización estatutaria, por ello nosotros nos referimos al monopolio ilegal, cuyo comportamiento predatorio se puede resumir en:

- a)- Conducta anti-competitiva;
- b)- Afán de controlar los precios; y,
- c)- Abuso de posición en el mercado.

En ese propósito la Corte Suprema evitó que se fusionasen dos compañías financieras gigantescas, cuyos dueños eran los magnates J.P. Morgan y E.H. Harriman. Años después la Corte decretó que la poderosa Standard Oil Company se fraccionara en varias compañías menores. La agresividad de la competencia, en algunos casos degeneró en la tendencia a constituir el conglomerado anti-mercado, pues como decía el Juez Oliver Wendell Holmes de la Corte Suprema: “El monopolio es el fin de la competencia”.

### 3) La Ley antimonopolio Clayton.

Con el rápido crecimiento de la economía norteamericana hubo, en su momento, un debate para definir la diferencia entre lo que es “empresa grande y monopolio”, en las dos primeras décadas del siglo XX se busco definir mejor lo que es el legítimo crecimiento empresarial y lo que es ilegal en la competencia, pues no necesariamente una transnacional realiza prácticas monopólicas, en tanto que las formas comerciales pueden encubrir variantes restrictivas de la competencia como podrían ser: el monopolio puro, el monopolio limitado y el monopolio bilateral, hasta arribar al oligopolio, el oligopolio bilateral o el monopolio limitado.

Para ello surgieron leyes e instituciones que se encargan de velar por una sana competencia comercial. Así en 1914, se estableció la Ley de la Comisión Federal de Comercio (FTC) –que guardando las distancias históricas y normativas, cumple algunas de las funciones encomendadas a Indecopi en nuestro caso-, encargada de combatir la competencia desleal y las crecientes practicas engañosas. El FTC es el organismo regulador de la competencia y tiene capacidad para votar las condiciones



de una fusión contraria al mercado.

La Ley Clayton de 1914, es sin duda una norma sucedánea de la Ley Sherman que conceptualiza el delito de monopolio ilegal como posición desproporcionada del mercado y adquisición de dicha posición de dominio, bajo las siguientes consideraciones:

a)- Se declara ilegal... la discriminación de precios entre diferentes compradores de mercancías de grado y calidad semejantes... en los casos en que dicha discriminación pueda dar lugar a una considerable reducción de la competencia o tienda a crear un monopolio en cualquier línea de comercio... No obstante lo anterior, nada de lo aquí estipulado impedirá que se establezcan diferencias que respondan únicamente a diferencias de costes.

b)- Se declara ilegal el alquiler o la realización de una venta o contrato... con la condición, acuerdo o entendimiento de que el arrendador o comprador no utilice o comercie con mercancías de un competidor en los casos en que ello pueda dar lugar a una considerable reducción de la competencia o tienda a un monopolio en cualquier línea del comercio.

c)- Ninguna compañía...podrá adquirir... total o parcialmente... otra... en los casos que... ello pueda dar lugar a una considerable reducción del comercio o tienda a crear un monopolio.

La Ley Clayton, creo las bases para considerar cuando existe una leal competencia y cuando ella se transforma en

un abuso, para ello se juzgó que existan elementos materiales que permitan comprobar entre la acumulación razonable y la depredación ilegal. Por ejemplo, el tener el 40% de acciones no indica necesariamente ni predominio en una compañía o mercado, en tanto que en 70% se hace incontestable mi capacidad de poder y dominio sobre un mercado.

#### **4). Sucedáneos legales antimonopolio.**

No obstante, la Ley Sherman (1890) y la Ley Clayton (1914), la economía norteamericana se enfrento a nuevos retos y controversias que demandaron corregir y ampliar la legislación antimonopolio con otras como la Ley Hart-Scott-Rodino (1976); la Ley Web-Pomerene y la Ley antimonopolista extranjera (1994).

##### **a)- La Ley Hart-Scott-Rodino**

La Ley Hart-Scott-Rodino (1976), enmendó la Ley Clayton (1914) al requerir a las compañías que notifiquen a la FTC y a la Division Antimonopolio del Departamento de Justicia antes de establecer las fusiones. Les da a las agencias encargadas de aplicar la ley tiempo para examinar las consecuencias que tendrán en la competencia las fusiones propuestas. Las agencias podrán requerir a las partes a fusionarse que vendan parte de sus activos, o podrán bloquear por completo la fusión, de acuerdo a una oposición sustentada técnicamente.

##### **b)- La Ley Web-Pomerene**

La Ley Web-Pomerene estipula una exención antimonopolista limitada para la formación y operación de asociaciones de empresas que, de otro modo, serían competidoras, con el fin de que participen en ventas de



exportación colectivas.

### c)- La Ley Antimonopolio Internacional

Esta ley (1994), autoriza a la FTC y al Departamento de Justicia a pactar acuerdos de ayuda mutua con autoridades antimonopolistas extranjeras. De conformidad con tales acuerdos, las autoridades estadounidenses y extranjeras pueden intercambiar, con ciertas restricciones, pruebas de violaciones de las leyes contra monopolios y ayudarse mutuamente en las investigaciones. Este es uno de los temas recomendados por la OMC.

### 5). Procedimientos administrativos y judiciales.

En la FTC se establecen procesos administrativos para determinar la violación a las leyes antimonopolio. En caso de incumplimiento de sus fallos, la FTC debe recurrir a las Cortes para obtener satisfacciones. Las decisiones administrativas de la FTC, pueden ser contradichas en las Cortes Federales de Apelación.

Las leyes antimonopolio, pueden ser accionadas tanto, en la vía civil como en la penal, en esta última se rige a través del Sistema de Jurados y en el primero lo establecido es el procedimiento civil común. Las infracciones penales a las leyes antimonopolio son castigadas con multas de hasta US\$10 millones para los acusados corporativos y US\$350,000 para otros demandados. Las multas pueden igualmente ser fijadas en el doble del monto bruto obtenido con la violación de la ley o el doble de lo perdido por la víctima. Las infracciones penales a la Ley Sherman también pueden acarrear condenas de hasta tres años de prisión.

Si se introduce una demanda privada luego de una demanda gubernamental, incoada en virtud de la Ley Sherman o de la Ley Clayton, en la cual, el demandado fue encontrado culpable, el demandante privado puede utilizar el fallo de ese primer juicio como prueba prima facie de la infracción. Las partes privadas pueden obtener mandamientos judiciales y generalmente tienen derecho al resarcimiento triple de daños por concepto de violación de las leyes antimonopolio, así como a la recuperación de un monto razonable de los honorarios de los abogados.

Con una mayor precisión el gobierno federal continuó varios procesos célebres contra las evasivas prácticas monopólicas. En el caso Portland Cement, la Corte Suprema resolvió abolir (1948) un costo de fletes indiscriminado para cualquier distancia. Más tarde, la Corte Suprema, dictaminó que la compañía Du Pont tenía que transferir a terceros sus acciones en la General Motors (1957), pues ellas daban un predominio en la toma de decisiones a la Du Pont, restringiendo la competencia automotriz. En ese mismo ciclo la Corte Suprema declaró culpable a la industria eléctrica de fijar precios que anulaban la competencia (1961), obligándola a pagar cuantiosa indemnizaciones por daños y perjuicios a los usuarios del servicio.

Más recientemente, la Ley Sherman se aplicó sobre la compañía de telecomunicaciones American Telephone & Telegraph (AT&T), que se vio obligada a dividirse en varias pequeñas compañías.

En el país de las grandes empresas; la Ley Sherman se convirtió en un instrumento legal para impedir que una de las partes de la dinámica económica prevalezca sobre los otros, pero además la judicatura no vaciló en aplicarla cuando los más poderosos



abusaban de su posición. Ella se convirtió en una norma para regular el comportamiento empresarial de la General Motors, Exxon, Ford, Mobil, Texaco, General Electric, Chrysler o Microsoft; para beneficio de los consumidores y por ende del mercado. (Raúl Chanamé Orbe).

## 6). Fallo que condena a Microsoft

### FALLO

(Resumen)

El juez Thomas Penfield Jackson, titular del Juzgado de Distrito de EE.UU para el distrito de Columbia falla, en la Demanda N° 98-1232 (TPJ): "El tribunal concluye que Microsoft mantuvo su poder monopolístico por medios contrarios a la competencia, e intentó monopolizar el mercado de navegadores (...). Microsoft también violó el epígrafe 1 de la Ley Sherman al unir su navegador en forma ilegal con su sistema operativo".

El espíritu de la Ley Sherman queda establecido en las referencias a un caso anterior, donde se afirmaba que el uso ilegítimo del poder monopolístico requiere dos elementos: por un lado, "la posesión de un poder monopolístico en un mercado relevante", por otro, "la adquisición voluntaria o el mantenimiento de ese poder en contraposición al crecimiento o desarrollo que se deriva de la comercialización de un producto superior, su ingenio empresarial o un hecho histórico".

Así los demandantes establecían como tal las licencias concedidas en todo el mundo de sistemas operativos para ordenadores personales (PC) compatibles, con Intel. El juez les da la razón, al inferir que, "si una sola empresa o cartel controlara las licencias de todos los sistemas operativos para PC

compatibles con Intel en el mundo, podría fijar el precio de una licencia substancialmente por encima del que tendría en un mercado competitivo y mantenerlo durante un tiempo significativo sin perder los suficientes clientes como para que esa acción no resultará rentable".

### a). Limitación a la Competencia en el mercado Informático

Una de las partes relevantes del fallo es la que versa sobre las barreras de entrada que, en opinión del juez, interpuso Microsoft para minar a las posibilidades de éxito de sus competidores en el mercado de las aplicaciones o programas informáticos.

El fallo critica, de manera indirecta, las conductas de Microsoft, al recordar que "la conducta predatoria atenta flagrantemente contra la competencia". En un momento se llega a afirmar que "ni Microsoft ni sus clientes fabricantes de ordenadores (en el documento, se utilizan las siglas OEM, Original Equipment Manufacturers) creen que éstos tengan o puedan llegar a tener en un futuro inmediato ni una sola alternativa viable a la obtención de licencias de Windows para su preinstalación en las PC.

Al analizar las tácticas excluyentes empleadas por la compañía acusada, se asegura que Microsoft luchó, por un período de aproximadamente cuatro años, para evitar que las tecnologías de programas intermedios (middleware) estimularan el desarrollo de suficientes aplicaciones multiplataforma (...) como para superar la barrera (de entrada al mercado) de aplicaciones".

Así la firma "intentó convencer a los desarrolladores para que se concentraran en interfaces de programación de aplicaciones (los entornos de desarrollo utilizados para crear programas), específicas para Windows,



e ignoraran los de dos representaciones del middleware que suponían su mayor amenaza: el navegador para la Web Navigator de Netscape y la implementación de la tecnología de Java (un entorno multiplataforma para el desarrollo de aplicaciones) por parte de Sun”.

¿El resultado?, “La campaña de Microsoft tuvo éxito en evitar (...) - quizás de manera permanente - que el Navigator (luego denominado Communicator) y Java desarrollaran sus posibilidades de abrir el mercado de sistemas operativos para PC compatibles a la competencia basada en los méritos”.

“Reconociendo que la preinstalación, por parte de los fabricantes, la distribución conjunta (bundling) con los programas propietarios por parte de los proveedores de aplicaciones de internet (IAP, Internet Application Providers)”, supondría el camino más directo y eficaz para asegurar la utilización de un navegador (concreto) que cualquier que otra táctica, Microsoft dedicó importantes esfuerzos a usurpar esos dos canales (de distribución).

#### **b). Limitaciones a la libertad de contratación**

Según el fallo del Juez Jackson esos esfuerzos se dividieron, por lo que respecta a los fabricantes, en tres frentes:

“1. Microsoft unió el Internet Explorer y Windows con unas cadenas contractuales y, más tarde, tecnológicas para asegurarse la presencia (...) del Explorer en los sistemas de todos los usuarios de Windows y aumentar los costos de instalar y usar el Navigator” en cualquier PC equipado con el sistema operativo.

2. Microsoft impuso serias limitaciones a la

libertad de los fabricantes para reconfirmar o modificar Windows 95 y Windows 98 y habilitar el uso del Navigator (...).

3. Finalmente, Microsoft usó incentivos y amenazas para inducir a fabricantes especialmente relevantes a que diseñaran sus acciones de distribución promocionales y tecnológicas para favorecer el Internet Explorer y la exclusión del Navigator.”

La respuesta de los fabricantes estimulada por el temor a Microsoft, “tuvo un enorme impacto negativo en la cuota de usuarios del Navigator”, lo que impidió, a su vez, que el Navigator fuera el vehículo que abriera el mercado relevante a la libre competencia basada en los estímulos del mercado.

El Juez concluye que “Si Microsoft hubiera estado motivada por una preocupación genuina por maximizar la satisfacción del cliente, habría confiado más en el poder del muy competitivo mercado informativo de PC y menos en su propio dominio en el mercado para evitar que los fabricantes hicieran modificaciones (en el escritorio de los PC) no deseadas por los consumidores”.

#### **c). Abuso de posición en desmedro de los consumidores.**

El Juez Jackson pasa después a evaluar los intentos de Microsoft por obtener el monopolio en un segundo mercado, de manera adicional a su dominio del mercado de sistemas operativos: el de los navegadores.

“A pesar de la afirmación de Microsoft de que las tecnologías del Internet Explorer no son adquiridas, puesto que están incluidas en una cantidad única en concepto de derechos de licencia pagada por los fabricantes por Windows 98, (...) está claro que los licenciarios, incluyendo los consumidores, son forzados a adquirir, y pagar por ello, todo el paquete informativo



(el sistema operativo y el navegador), y el valor que deba atribuirse al Explorer está incluido en esa cantidad única”.

Ambos son, concluye el juez, “productos separados”.

De estos hechos probados, el Tribunal deduce que “la decisión de Microsoft de ofrecer únicamente la versión conjunta-integrada de Windows e Internet Explorer no derivó de una necesidad técnica o de criterios de eficiencia empresarial; fue el resultado de una elección deliberada para sofocar la competencia incipiente antes de que alcanzara proporciones verdaderamente amenazadoras”. Todo ello en desmedro de los usuarios, producto de la

limitación de la competencia en el mercado.

**d). Fallo Antimonopolio**

“(…) FALLO que “Microsoft ha violado los epígrafes 1 y 2 de la Ley Sherman, 15 U.S.C. (U.S Standard Code, compendio legislativo) & 1,2, así como las siguientes provisiones legales estatales (...)”.

“ASIMISMO, FALLO que el Tribunal emitirá, de acuerdo con las conclusiones de Ley acordadas, una orden relativa a las compensaciones apropiadas, incluyendo el pago de las costas procesales, de acuerdo con los criterios que serán establecidos por una orden posterior de este tribunal”.