

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **Contrato informático. Acuerdo de licencia “clic-wrap”.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Estados Unidos de América

**ORGANISMO:** Corte de Distrito de Massachusetts

**FECHA:** 2-1-2002

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Texto del fallo en copia del original

**TRADUCCIÓN:** Flavio Arosemena

**OTROS DATOS:** I.Lan Systems, Inc. vs. Netscout Service Level Corp. Acción Civil 00-11489-wgy

### **SUMARIO:**

*“¿Le ha sucedido esto?. Usted pone mucho dinero por el último y mejor software del mercado; corre hacia su ordenador, abre la caja, inserta el CD-ROM en su computador, hace clic en «instalar» y tras revisar el acuerdo de licencia que le toma 15 minutos de leer, usted se encuentra ante el siguiente cuadro de lectura: «Estoy de acuerdo». ¿Usted hace clic en el cuadro?. Probablemente usted no está de acuerdo totalmente con la licencia, pero hace clic de todas maneras, para no dejar que un tonto e irritante aviso legal demore el momento que usted ha estado esperando. ¿Es ese un acuerdo de licencia exigible? Si, al menos en el caso descrito a continuación”.*

### **TEXTO COMPLETO:**

#### **MEMORANDUM**

*“¿Le ha sucedido esto?. Usted pone mucho dinero por el último y mejor software del mercado; corre hacia su ordenador, abre la caja, inserta el CD-ROM en su computador, hace clic en «instalar» y tras revisar el acuerdo de licencia que le toma 15 minutos de leer, usted se encuentra ante el siguiente cuadro de lectura: «Estoy de acuerdo». ¿Usted hace clic en el cuadro?. Probablemente usted no está de acuerdo totalmente con la licencia, pero hace clic de todas maneras, para no dejar que un tonto e irritante aviso legal demore el momento que usted ha estado esperando. ¿Es ese un acuerdo de licencia exigible? Si, al menos en el caso descrito a continuación”.*

#### **I. INTRODUCCION**

*El demandante, i.LAN Systems, Inc. (en adelante “i.LAN”), asiste a compañías en el monitoreo de las redes de sus computadoras. El demandado NetScout Service Level Corp., formalmente conocida como NextPoint Networks, Inc. (en adelante “NextPoint”), vende software sofisticado que monitorea redes. En 1998, i.LAN y NextPoint firman un detallado Acuerdo de Revendedor de Valor Agregado (“VAR”) donde i.LAN acordó revender el software de NextPoint a clientes. Esta disputa concierne a una transacción que tuvo lugar en 1999.*

*i.LAN alega que por \$85,231.42 compraron el derecho ilimitado de usar el software NextPoint,*

colmado de actualizaciones y de soporte perpetuo, donde podían efectivamente rentar, más que vender, el uso del Software NextPoint a los clientes. En soporte de este argumento, i.LAN se basa en la orden de compra asociada con la transacción. NextPoint en respuesta, apunta al Acuerdo VAR de 1998 y al acuerdo de licencia “clickwrap” contenido en el mismo software para arribar a una conclusión diferente.

Las partes continúan su relación comercial por algunos meses sin confrontar sus distintas interpretaciones sobre la orden de compra de 1999, pero eventualmente el conflicto culmina en un litigio. i. LAN presenta un reclamo donde alega, entre otras cosas, incumplimiento del contrato y violación a las Leyes Generales de Massachussets, Capítulo 93 A.

La demanda propiamente invoca a la diversidad jurisdiccional de la Corte. 28 U.S.C. § 1332(a)(1). Ver Compl. ¶¶ 1,2, 10.

i. LAN rápidamente toma la ofensiva y presenta una moción para juicio sumario Fed. R. Civ. P. 56(a). i. LAN exige el cumplimiento específico en particular de las actualizaciones perpetuas al software NextPoint y servicio de soporte ilimitado. Pl.’s Mot. at 2–3. La Corte escuchó el argumento oral de la moción de i.LAN y tomó la causa bajo aviso.

Tiempo después, NextPoint presenta una contestación a la moción para el juicio sumario, Fed. R.Civ. P. 56(b), materia de este memorando. NextPoint expresa que si las alegaciones de i.LAN fueren verdad, la aceptación por medio del acuerdo de licencia “clickwrap” clic adjunto del acuerdo de licencia limita la responsabilidad de NextPoint al precio cancelado por el software, en este caso \$85,231.42. Def.’s Mot. at 2. La Corte escucha los argumentos orales de la moción de NextPoint y tiempo después falla a favor de NextPoint. Este memorando explica el porqué.

## II. Discusión

Antes de entrar a analizar el acuerdo de licencia “clickwrap” de NextPoint, el panorama debe ser expuesto. Primero, la Corte identificará el grupo de reglas por el que se

juzgará este conflicto. Luego, la Corte va a examinar que está en riesgo, en particular el reclamo de i.LAN de cumplimiento específico y la limitación de responsabilidad alegada por NextPoint. Finalmente, la Corte examinará la exigibilidad del acuerdo de licencia “clickwrap”.

### A. ¿Qué Ley Governa?

#### 1. Precedentes de 1998, 1999 y los Acuerdos “Clickwrap”

Tres contratos podrían gobernar esta disputa: el acuerdo VAR de 1998, la orden de compra de 1999 y acuerdo de licencia “clickwrap” al que i.LAN necesariamente se adhirió cuando instaló el software. En particular, la aceptación por medio del acuerdo de licencia “clickwrap” provee una limitada excepción a su cláusula de integración:

Este Acuerdo de Licencia no afecta ningún acuerdo escrito entre el Licenciatario y NEXTPOINT y será derogado por un acuerdo escrito subsiguiente firmado por, el Licenciatario y NEXTPOINT. Excepto en el caso indicado en la oración anterior, este acuerdo de Licencia constituye un acuerdo total entre NEXTPOINT y el Licenciatario con respecto al uso y la licencia de los Productos Licenciados, y entonces deroga y termina cualquier acuerdo anterior o entendimiento relacionado con tal asunto en materia, incluyendo pero no limitando a cualquier evaluación o licencias de prueba “beta” otorgadas por NEXTPOINT al Licenciatario. Ningún adendum, consentimiento, modificación, enmienda o cambio en los términos de este Acuerdo será vinculante para las partes, a menos que esté por escrito y firmado por los debidos representantes autorizados del Licenciatario o de NEXTPOINT. Los términos y condiciones detallados en cualquier orden de compra que contradigan o no estén incluidos en este acuerdo de licencia, no serán parte de este acuerdo de licencia a menos que sea aceptado de manera expresa y por escrito por parte de NEXTPOINT. Def.’s App. tab 8.

La pregunta clave para los propósitos de este memorando es como los acuerdos de 1998 y 1999 afectan acuerdo de licencia “clickwrap”.

El acuerdo de licencia “clickwrap” expresa que no afecta a presentes o subsecuentes acuerdos escritos u órdenes de compra. El lenguaje puede ser leído en el sentido de que el acuerdo de licencia “clickwrap” es nulo si ya existe una orden de compra, pero no es la lectura natural. La lectura natural es que en la medida que el acuerdo VAR de 1998 y la orden de compra de 1999 guarden silencio, el acuerdo de licencia “clickwrap” puede llenar los vacíos.

## 2. Common Law vs. UCC

Dos cuerpos de la Ley de Contratos pueden regular el acuerdo de licencia “clickwrap”: la Massachussets Common Law y el Código Comercial Uniforme (“UCC”) que adoptó Massachussets. El artículo 2 de la UCC aplica a las “transacciones en bienes” UCC § 2-102, Mass.Gen. Laws ch. 106, § 2-102, pero “a menos que el contexto requiera que el ‘contrato’ o el ‘acuerdo’ esté limitado a aquellos relacionados con la venta presente o futura de bienes” id. § 2-106(1). De hecho, el título del artículo 2 es “Ventas” y la definición de “bienes” es concebida como “todas las cosas (incluyendo especialmente bienes manufacturados) que son cosas movibles al tiempo de identificación del contrato de venta...” Id. § 2-105(1). La compra del software puede parecer como un simple y ordinario contrato de venta de bienes, pero de hecho el comprador meramente obtiene la licencia de uso del software, nunca se “pasa el título de vendedor al comprador por un precio” id. § 2-106(1). Entonces, ¿es la compra de software una transacción en bienes? Sin perjuicio del requerimiento de artículo 2 de lo que es una venta, las cortes de Massachussets han asumido, sin decidir, que el artículo 2 gobierna para licencias de software. (Ver: *Novacore Techs., Inc. v. GST Communications Corp.*, 20 F. Supp. 2d 169, 183 (D. Mass. 1998) (Saris, J.), *aff’d*, 229 F.3d 1133 (1st Cir. 1999); *VMark Software, Inc. v. EMC Corp.*, 37 Mass. App. Ct. 610, 611 n.1 (1994); *USM Corp. v. Arthur D. Little Sys., Inc.*, 28 Mass. App. 6 Ct. 108, 119 (1989). *Lorin Brennan*, por qué el Artículo 2 no aplica a transacciones de software, 38 Duq. L. Rev. 459, 545–77 (2000); *Mark A. Lemley*, *Propiedad Intelectual y adjuntos diminutos*

contractuales de Licencias, 68 S. Cal. L. Rev. 1239, 1244 n.23 (1995)).

Dados los casos mencionados, y otros que causan el mismo efecto, i.LAN argumenta que el UCC deberá gobernar la orden de compra de 1999 y el acuerdo de licencia “clickwrap”. NextPoint no niega que el UCC pueda aplicar a las compras de software en general, pero bajo la teoría expuesta por NextPoint en este caso, el Acuerdo VAR de 1998 es el más importante en esta disputa, y en ese acuerdo el factor predominante son los servicios, más que la venta de bienes. NextPoint, en consecuencia, argumenta que el UCC no deberá gobernar ninguna parte de esta disputa. (Ver, e.g., *Cambridge Plating Co. v. Napco, Inc.*, 991 F.2d 21, 24 (1st Cir. 1993) (considerando “factor predominante o propósito” del contrato).

En la medida en que tenga importancia - y dado los hechos de este caso, es probable que no la tenga- la Corte deberá examinar el acuerdo de licencia “clickwrap” a los ojos de la UCC. Se admite que técnicamente el UCC no gobierna a los contratos de software, y más aún no gobierna el Acuerdo VAR de 1998, pero con respecto a la transacción de 1999, el UCC atiende las expectativas razonables de las partes.

En Massachussets y en la mayor parte de la nación, las licencias de software existen en un vacío legislativo. Tradadistas legales, y demás, como uno esperaría, los Comisionados Uniformes de las Leyes Estatales, han tratado de llenar este vacío, pero sus esfuerzos no han sido suficientes para mantener la paz con el mundo de los negocios. Como uno esperaría los resúmenes de la UCC Article 2 revisado, y el UCITA se encuentran en Internet <[http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc\\_frame.htm](http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc_frame.htm)>.

Los creadores de las leyes comenzaron a realizar borradores del artículo 2b (licencias) para el UCC, que hubiese sido el complemento lógico al Artículo 2 (Ventas) y al artículo 2A (Préstamos), pero después de unos años de intentar, aquellos legisladores decidieron mejor elaborar un cuerpo legal independiente para las licencias de software, actualmente conocido como el Acto Uniforme de Transacciones de

Información de Computadoras (“UCITA”). Hasta el momento sólo Maryland y Virginia han adoptado el UCITA, Massachussets no. Congruentemente, la Corte no gastará su tiempo considerando el UCITA. Al mismo tiempo, la Corte no revisará el artículo 2, simplemente porque sus provisiones son imperfectas en el mundo actual. Las Licencias de Software son una cuestión de todos los días, y las personas de negocios esperan razonablemente que alguna ley las regule. Por el tiempo que ha pasado, las disposiciones familiares del artículo 2 -que son la inspiración para el UCITA- son las que mejor cumplen con dichas expectativas y no el derecho común (“common law”). El artículo 2 técnicamente no (y ciertamente no en el futuro), regula las licencias de software, pero por el momento, la Corte va a asumir que lo hace.

## **B. ¿Qué está en juego?**

### **1. Cumplimiento Específico**

Más que cualquier cosa, i.LAN quiere un cumplimiento específico, en particular, las actualizaciones perpetuas del software de NextPoint y el servicio de soporte ilimitado. Asumiendo que el acuerdo de licencia “clickwrap” es exigible, NextPoint argumenta que el acuerdo prohíbe un cumplimiento específico como solución. En la alternativa, NextPoint argumenta que el cumplimiento específico es inapropiado bajo el UCC. La Sección 4 del acuerdo de licencia “clickwrap” establece:

**“LA RESPONSABILIDAD DE NEXTPOINT POR DAÑOS AL LICENCIATARIO POR CUALQUIER CAUSA QUE SE DE, SIN IMPORTAR LA FORMA DEL RECLAMO O ACCION, SERÁ LIMITADA A LOS VALORES PAGADOS POR LA LICENCIA DE ESTE PRODUCTO.”** Def.’s App. tab 8.

De esta provisión, NextPoint concluye que el pago de la indemnización es la única posible solución. La UCC provee en su parte relevante § 2-716. Sin embargo, una lectura igualmente posible de la provisión es que la limitación sólo aplica a los “daños”, no a soluciones equitativas. Es más, la sección 6 del acuerdo establece, “Cada parte deberá tener el derecho

de instaurar procesos judiciales contra la otra parte... con el fin de exigir los derechos de la parte demandada aquí establecidos por medio de la reformación del contrato, cumplimiento específico, orden restrictiva o cualquier solución jurídica similar”. En balance las secciones 4 y 6 rompen el argumento de NextPoint de que el acuerdo de licencia “clickwrap” prohíbe el cumplimiento específico como solución.

Dicho esto, la Ley no permite el cumplimiento específico simplemente porque un contrato no lo prohíbe. El UCC establece en su parte relevante:

*El Derecho del Comprador a Actuación Específica o Recobro.*

(1) Cumplimiento Específico puede ser declarado cuando los bienes son únicos o en otras circunstancias apropiadas. (2) La declaración de cumplimiento específico puede incluir términos y condiciones como el pago del precio, daños u otra compensación que la corte considere justa. UCC § 2-716, Mass. Gen. Laws ch. 106, § 2-716.

A pesar de que el UCC también permite el cumplimiento específico en “otras circunstancias propias”, i.LAN no las ha argumentado, sino que ha expresado que el software de NextPoint es único, una determinación dejada a la discreción de la Corte. Ver UCC § 2-716 cmt. 1; cf., e.g. *McCarthy v. Tobin*, 429 Mass. 84, 89 (1999) (aplicando common law).

El comentario al UCC establece que “se busca a futuro una actitud más liberal de la que las cortes han mostrado respecto del cumplimiento específico en los contratos de venta”. 1. “El cumplimiento específico ya no está limitado a bienes que estén ya especificados o determinados al momento de la contratación. La prueba de si los bienes son únicos debe ser realizada considerando la situación total que caracteriza el contrato” *Id.* cmt. 2 Una corte ha reestablecido la prueba para cumplimiento específico de esta manera: “Básicamente las cortes ahora determinan si los bienes son reemplazables como un asunto práctico--- por



*ejemplo, si puede ser difícil de obtener bienes similares en el mercado abierto.” Magellan Int’l Corp. v. Salzgitter Handel GmbH, 76 F. Supp. 2d 919, 926 (N.D. Ill. 1999). Ver generalmente Andrea G. Nadel, Annotation, Specific Performance of Sale of Goods Under UCC § 2-716, 26 A.L.R.4th 294 (1983 & Supp. 2000).*

*Antes de entrar en los hechos de este caso, la Corte considerará los hechos de otros casos, los cuáles son instructivos. Ninguna decisión publicada en Massachussets ha aplicado la sección 2-716 UCC, pero tres decisiones son dignas de comentar. En el primer y más reciente caso, el Primer Circuito, aplicando el Common Law pero revisando la sección 2-716 de la UCC como guía, confirió cumplimiento específico en un caso que involucraba un equipo de baseball de las ligas menores. (Triple-A Baseball Club Assocs. v. Northeastern Baseball, Inc., 832 F.2d 214 (1st Cir. 1987)).*

*El Primer Circuito expresó que “la franquicia Triple-A no tiene un valor de mercado de fácil obtención, no puede ser obtenida por otros medios, y es de especial interés al apelante” Id. at 224. En pocas palabras, “No puede haber duda que lo que (el apelante) exigía, una franquicia Triple A, era único.” En otro caso ilustrativo, la Corte Suprema Judicial de Massachussets algunos años atrás se negó a dar cumplimiento específico en el caso de un automóvil cuya entrega se encontraba atrasada durante la Segunda Guerra Mundial. (Poltorak v. Jackson Chevrolet Co., 322 Mass. 699 (1948)). La Corte razonó: “la escasez de los automóviles, que no fue más allá de ocasionar atrasos en la entrega, no es base suficiente para una declaración de cumplimiento específico a favor de quién demandó el cumplimiento del contrato de venta de un vehículo ordinario de pasajeros, que no ha demostrado la ocurrencia de un daño substancial del tipo que no puede ser proporcionado adecuadamente por una acción legal de adjudicación de daños.” Id. at 702.*

*En un tercer caso, la Corte Suprema Judicial si permitió el cumplimiento específico en el caso de unas puertas hechas especialmente para un elevador. (Dahlstrom Metallic Door Co. v. Evatt Constr. Co., 256 Mass. 404 (1926). La Corte expresó: los materiales fueron diseñados y*

*hechos para el uso en el edificio de la Cámara de Comercio; fueron limitados en número y no podían ser utilizado en otro edificio ni comprados en el mercado abierto. Haberlos elaborado en otro lado habría causado un atraso que hubiera generado perjuicios tanto para el contratante como para el dueño. El contratante no tenía una adecuada acción legal indemnizatoria. Id. at 414–15.*

*Aunque Polotorak y Dahlstrom anteceden al UCC, son significativos porque el comentario de Massachussets a la sección 2-716 de la UCC establece que los dos casos son consistentes con la visión de UCC de cuando debe ser concedida el cumplimiento específico. Mass. Gen. Laws ch. 106 § 2-716, cmt.*

*En referencia a los hechos de este caso, i.LAN hace que tres argumentos explicando porqué el software de NextPoint es único. Primero, i.LAN argumenta que el software está protegido por las leyes del copyright y llevó años de diseñar. Lo mismo puede ser dicho de cualquier producto fabricado de forma masiva, sin embargo, un producto producido en forma masiva es la antítesis de la palabra “único”. Aún más importante, el software de NextPoint es uno de los muchos paquetes de software que compiten en el mercado; todos funcionan en computadoras ordinarias y actúan substancialmente con las mismas funciones. Aunque estos paquetes de software pueden ser protegidos bajo las leyes del copyright y son el producto de una intensa labor, también son intercambiables desde el punto de vista práctico y consecuentemente ninguno es único. En segundo lugar, i.LAN argumenta que ha adoptado su negocio al software de NextPoint, lo que ha hecho que el software sea único para su negocio. El UCC es sensible a esta consideración, pero al mismo tiempo la Corte no puede confundir el que algo sea dependiente con que sea único.*

*Por mucho que i.LAN no quiera, ciertamente podría comprar un software parecido en el mercado abierto y reconfigurar los sistemas para que funcione el software, como cualquier persona puede comprar un tipo de software parecido y hacerlo funcionar. Finalmente, i.LAN argumenta que no sabe el número de licencias de software que necesitará en el futuro para*

proveer sus servicios de arriendo, por lo que una indemnización monetaria no compensaría adecuadamente. Este argumento no asevera que los bienes de NextPoint sean únicos, sino que i.LAN pensó haber encontrado un contrato único: por la mera cantidad de \$85,231.42 tendría copias ilimitadas de todos los software de NextPoint para siempre. La UCC, sin embargo, mira si los bienes son únicos, no el contrato.

En adición, aún si el acuerdo de licencia “clickwrap” permitiría el cumplimiento específico y aún sí la Corte fallara a favor de i.LAN, el software de NextPoint no es único o irremplazable desde el punto de vista práctico. En consecuencia, la Corte no puede ordenar el cumplimiento específico.

## 2. Limitación de la Responsabilidad

Si la única solución de i.LAN es la indemnización monetaria, la limitación de responsabilidad que se encuentra en el acuerdo de licencia “clickwrap” se vuelve muy importante. La Corte sostiene que i.LAN alega nada más que una simple violación al contrato, por lo que no está en capacidad de ser tratada bajo el capítulo 93A e.g., *Framingham Auto Sales, Inc. v. Workers’ Credit Union*, 41 Mass. App. Ct. 416, 418 (1996), pero aún así, si el reclamo de i.LAN por incumplimiento de contrato es probado, puede resultar en una indemnización de daños astronómica. Reconociendo que los vendedores podrán querer reducir su exposición a daños astronómicos, el UCC permite renunciaciones de garantías y limitaciones de responsabilidad. Ver UCC § 2-316, Mass. Gen. Laws ch. 106, § 2-316 (exclusión o modificación de garantías); id. § 2-719 (limitación de las indemnizaciones) para el capítulo 93A reclamos, comparados *Canal Elec. Co. v. Westinghouse Elec. Corp.*, 406 Mass. 369, 379 (1990) (limitando la responsabilidad del reclamo), con *VMark Software, Inc. v. EMC Corp.*, 37 Mass. App. Ct. 610, 619 n.11 (1994). NextPoint propiamente ha tratado de ganar ventaja de esas provisiones consagradas en el UCC: el acuerdo de licencia con aceptación por medio del clic adjunto contiene 30 días de garantía limitada de lo contrario las condiciones de las garantías y limitaciones de la responsabilidad de

NextPoint al acuerdo de licencia con aceptación por medio del clic adjunto provee:

**IMPORTANTE:** NEXTPOINT DESEA LICENCIAR EL PRODUCTO CON LA CONDICION DE QUE EL LICENCIATARIO ACEPTE LOS TERMINOS Y CONDICIONES CONTENIDAS EN ESTE ACUERDO. AL HACER CLIC EN EL BOTON QUE DICE “ESTOY DE ACUERDO”, EL LICENCIATARIO RECONOCE QUE HA LEIDO TODOS LOS TERMINOS Y LAS CONDICIONES DE ESTE ACUERDO, LAS ENTIENDE, Y ACEPTA SER OBLIGADO A ELLAS.

SI EL LICENCIATARIO NO ESTÁ DE ACUERDO CON LOS TERMINOS Y CONDICIONES, DEBE PRONTAMENTE CESAR EL USO DEL PRODUCTO LICENCIADO Y RETORNAR EL PRODUCTO LICENCIADO Y TODOS LOS PRODUCTOS QUE LE ACOMPAÑEN A NEXTPOINT O A SU REVENDEDOR POR UNA DEVOLUCIÓN TOTAL DEL PAGO DE LA LICENCIA QUE HA SIDO CANCELADO POR EL PRODUCTO LICENCIADO.

...  
GARANTÍA LIMITADA.

Garantía Limitada. NEXTPOINT garantiza al licenciatarario que los Productos Licenciados substancialmente conformarán a las especificaciones presentadas en la documentación proveídas por NEXTPOINT con el Producto Licenciado (“Documentación”) por un período de (30) días de la fecha cuando NEXTPOINT provea la Llave de la Licencia al Licenciatarario.

... .

Servicio de Garantía. La única obligación de NEXTPOINT con respecto a los reclamos de no conformidad con las garantías anteriormente mencionadas durante el plazo aplicable de garantía, deberá ser, a elección de NEXTPOINT o: a) reparar o reemplazar el Producto Licenciado respecto del cual hay inconformidad, o b) retornar el precio pagado por la licencia, resultando en la terminación del presente Acuerdo.

## LIMITACIONES A LA RESPONSABILIDAD

EXCEPTO A LO ESTABLECIDO EN LA SECCION 3 MENCIONADA, NEXTPOINT CONDICIONA TODAS LAS GARANTIAS Y CONDICIONES, YA SEAN EXPRESAS O IMPLICADAS, ESTATUTARIAS O DE OTRO TIPO, CON RESPECTO AL PRODUCTO LICENCIADO, INCLUIDAS TODAS LAS GARANTIAS Y CONDICIONES IMPLICITAS, DE MERCANTIBILIDAD, NO INCUMPLIMIENTO Y AJUSTE A UN PROPÓSITO EN PARTICULAR, O QUE SURJA DE UN CURSO DE NEGOCIO, USO O PRÁCTICA COMERCIAL.

LA RESPONSABILIDAD DE NEXTPOINT POR DAÑOS AL LICENCIATARIO POR CUALQUIER CAUSA QUE SE DE, SIN IMPORTAR CUALQUIER RECLAMO O ACCION, DEBERÁ SER LIMITADA A LO PAGADO POR EL PRODUCTO LICENCIADO.

La pregunta clave es entonces lo “PAGADO POR EL PRODUCTO LICENCIADO”.

NEXTPOINT NO SERA RESPONSABLE AQUÍ POR NINGUN DAÑO RESULTADO DE PERDIDA DE INFORMACION, GANANCIAS O USO DEL EQUIPO, O POR NINGUN ESPECIAL, INCIDENTAL, INDIRECTA, EJEMPLAR O CONSEQUENTE DAÑO QUE SURGA FUERA O EN CONECCION CON EL USO O PRESENTACION DEL PRODUCTO LICENCIADO, ASI NEXTPOINT HAYA ANUNCIADO LA POSIBILIDAD DE ESOS DAÑOS. Def.'s App. tab 8.

FORMACION EN GENERAL. § 2-204.

(1) Un contrato de venta de bienes deberá ser realizado en cualquier manera suficiente para presentar acuerdo, incluyendo conducta de las dos partes que reconocen la existencia de ese contrato.

(2) Un contrato suficiente constituye un contrato de venta que puede ser encontrado incluso cuando en el momento de su creación está siendo elaborado.

(3) Aunque uno o más términos ha dejado un contrato abierto de compra, no resulta

inconcluso si las partes han intentado elaborar un contrato y hay certidumbre razonable de las bases para dar una apropiada solución. UCC § 2-204, Mass. Gen. Laws ch. 106, § 2-204.

§ 2-207. Términos Adicionales de Aceptación o Confirmación

(1) Una definitiva y temporal expresión de aceptación o una confirmación escrita que es enviada en un tiempo razonable opera como aceptación así establezca términos adicionales a o diferentes de los que son ofrecidos o acordados, a menos que la aceptación sea expresamente hecha con condición de no consentir en el adicional.

**C. ¿Son exigibles los Acuerdos de licencia “clickwrap”?**

Los acuerdos de licencia “clickwrap” deben ser analizados ya sea como (i) un contrato formado en conformidad a la sección 2-2044 del UCC o (ii) adicionando términos a un contrato existente en conformidad con la sección 2-207,5 del UCC, un método o condiciones diferentes.

Los términos adiciones deben ser establecidos como propósitos de adicción al contrato. Entre comerciantes esos términos se convierten en parte del contrato a menos que:

(a) la oferta expresamente limite la aceptación a los términos de la oferta;

(b) ellas alteren el contrato materialmente; o

(c) se les ha dado notificación u objeción a ellos o se ha dado con un tiempo razonable después de recibida la noticia de ellos.

Las conductas de las dos partes que reconocen la existencia del contrato son suficientes para establecer un contrato de venta, así los escritos entre las partes no establezcan un contrato. En ese caso, los términos del contrato en particular consisten en esos términos en donde los escritos de las partes acuerdan juntos sin ningún término suplementario incorporado en conformidad con cualquiera de las provisiones de esta Acta UCC § 2-207; accord Mass. Gen. Laws ch. 106, § 2-



207. en concordancia Mass. Gen. Laws ch. 106, § 2-207 (“terminos adicionales o diferentes”). de contratar que termina en “batallas de formas,” e.g., *Commerce & Indus. Ins. Co. v. Bayer Corp.*, 433 Mass. 388, 391–96 (2001). Esta distinción es importante.

Si el análisis propio es de acuerdo a la sección 2-294 del UCC, el análisis es simple: i.LAN manifestó consentimiento al acuerdo de licencia “clickwrap” en el momento en que hizo clic en el cuadro que establece “Estoy de acuerdo”, de tal manera que el acuerdo es exigible.

Si el análisis propio es de acuerdo a la sección 2-207, el análisis es más complicado. Dicha sección crea dos cuestiones en el camino para los hechos del presente caso. El primer punto es si el de acuerdo de licencia “clickwrap” es una contraoferta --- una aceptación a la orden de compra de i.LAN “expresamente realizado con la condición de consentir a los términos diferentes o adicionales” See generally 1 James J. White & Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code* § 1.3 (4th ed. 1995 & 17 Supp. 2001). UCC 2.207. Aquí los términos adicionales limitan la responsabilidad de NextPoint. La segunda cuestión es si i.LAN aceptó los términos adicionales de manera explícita, implícita o sin asistencia. El hacer clic en “Estoy de Acuerdo” puede ser visto como una aceptación explícita. Entre comerciantes, si una parte nunca objeto en términos adicionales UCC § 2-207(1), y los términos adicionales no son “materiales”, entonces el UCC considera que la parte ha aceptado los términos en forma implícita, por falta de una mayor descripción. UCC § 2-207(2); ver *JOM, Inc. v. Adell Plastics, Inc.*, 193 F.3d 47, 52–59 (1st Cir. 1999) (en banc).

El comentario a la sección 2-207 del UCC sugiere que la prueba de la “materialidad” es cuando los términos en cuestión resultan de una no razonable sorpresa o perjuicio a la parte si fuesen incorporados sin la expresa advertencia a la parte. UCC § 2-207 cmt. 4. Finalmente, si los términos adicionales no son aceptados en forma explícita o implícita, pero la conducta de las partes demuestra reconocimiento del contrato, entonces las complementarias provisiones del Artículo 2

entran a constituir la nulidad con los términos no atendidos. *Ionics, Inc. v. Elmwood Sensors, Inc.*, 110 F.3d 184, 188–89 (1st Cir. 1997) (fallando *Roto-Lith, Ltd. v. F.P. Bartlett & Co.*, 297 F.2d 497 18(1st Cir. 1962), donde se sostuvo que una respuesta establecida a una condición material alterando la obligación solamente a la desventaja del que ofrece es una aceptación expresamente condicionada a consentir a los términos adicionales, la cuál se convierte en obligatoria a menos que sea específicamente rechazada.

Con respecto a la primera cuestión, el acuerdo de acuerdo de licencia “clickwrap” es mayor caracterizado como una contraoferta, y su lenguaje se refleja del lenguaje proveído en la sección 2.207 del UCC después de la coma: “NEXTPOINT DESEA LICENCIAR EL PRODUCTO LICENCIADO AL LICENCIATARIO SÓLO BAJO LA CONDICIÓN DE QUE EL LICENCIANTE ACEPTE LAS CONDICIONES Y LOS TÉRMINOS CONTENIDOS EN ESTE ACUERDO.” El primer punto o cuestión tiene importancia, no obstante, si las partes desacuerdan sobre términos adicionales. En este caso, la orden de compra de i.LAN era silenciosa sobre el asunto de responsabilidad, de tal manera que los términos adicionales propuestos por i.LAN, de ser extra prevenidos, Nextpoint lo caracterizó como una contraoferta.

En ese caso, si la oferta original es silenciosa en el asunto de términos adicionales, y ninguna objeción se hizo en ningún momento en relación a ellas, entonces no importa si los términos adicionales son parte de la contraoferta o de la propuesta. Todo lo que importa en este caso entonces, es si i.LAN aceptó los términos adicionales. El artículo 2 no limita la responsabilidad por la no atención, entonces si i.LAN aceptó el acuerdo de licencia por medio de clic adjunto debe haber sido en forma explícita, ya sea por el clic en el botón de “Estoy de Acuerdo” o implícita como lo provee la sección 2-207 de UCC.

El caso al que i.LAN inclina sus esperanzas es el *Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology*, 939 F.2d 91 (3d Cir. 1991). Step-Saver considerado un acuerdo de licencia aceptado mediante un adjunto diminuto, donde



*el acuerdo está impreso en algún lugar sobre o en la caja del software, más que en el acuerdo de licencia aceptado mediante clic adjunto, donde el acuerdo se da o aparece en la computadora antes de que el software sea instalado, pero sin embargo los hechos del Step-Saver son similares a los hechos anteriores de esta Corte:*

*(i) un revendedor telefoneó a la manufacturera del software y preguntó por la entrega del software, el cual fue verbalmente acordado a ser entregado, (ii) el revendedor luego envió la orden de compra escrita especificando cantidad, precio, monto de entrega e información sobre los pagos, y (iii) el fabricante luego envió el software junto con una prueba de venta (factura) de la orden de venta. Sin embargo, en la caja que contenía al software, había un acuerdo de licencia adjunto diminuto el cual contenía la provisión sobre la limitación de responsabilidad del fabricante al precio pagado por el envío. La pregunta para la Corte era si hacer exigible tal provisión del acuerdo de licencia adjunto diminuto que limitaba la responsabilidad del fabricante. La Corte sostuvo que la limitación de la responsabilidad no era exigible porque había sido meramente propuesta en conformidad con la sección 2-207 del UCC, en el que el revendedor nunca acordó; la Corte se rehusó a consentir que había implicación porque la limitación de responsabilidad era material, y la sección 2-207 no permite que términos materiales sean añadidos por implicación.*

*Esta postura fue totalmente adoptada en un caso posterior en contra de la misma manufacturera de software. (Arizona Retail Systems, Inc. v. the Software Link, Inc., 831 F. Supp. 759, 766 (D. Ariz. 1993).*

*Alguna vez Step-Saver lideró los casos de acuerdos adjuntos diminutos. Hpu en día la distinción va al caso favoreciendo a NextPoint, ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996). La postura de PROCD se detalla a continuación:*

*"los términos dentro de una caja de software atañe a los consumidores que usan el software después de una oportunidad de leer los términos y de rechazarlos al utilizar el*

*producto." Hill v. Gateway 2000, Inc., 105 F.3d 1147, 1148 (7th Cir. 1997). ProCD no aplicó la sección 2-207: "nuestro caso solo contempla una forma; UCC § 2-207 es irrelevante." 86 F.3d en 1452. ProCD aplicó solo la sección 2-204 del UCC y concluyó que la ausencia de un rechazo a tiempo era suficiente para mostrar consentimiento.*

*La diferencia analítica entre Step-Saber y ProCD es si "dinero ahora, términos después" constituye un contrato (i) al momento de la orden de compra o (ii) cuando el comprador recibe la caja del software, ve el acuerdo de la licencia, y no regresa el software. Vea, por ejemplo, Klocek v. Gateway, Inc., 104 F. Supp. 2d 1332, 1338-1339 (D. Kan. 2000) (anotando la distinción y rechazando a ProCD); M.A. Mortenson Co. v. Timberline Software Corp., 998 P.2d 305, 312-14 (Wash. 2000) (en banc) ((anotando la distinción y apoyando a ProCD. Si la orden de compra es el contrato, aplica la sección 2-207 del UCC y no pueden ser añadidos términos materiales al contrato sin consentimiento explícito. Si el contrato no es formado hasta después de que el comprador ve el protegido acuerdo de licencia, la sección 2-204 del UCC aplica y el acto de permanecer con el software enseña implícitamente el consentimiento.*

*La Corte va a exigir el cumplimiento del acuerdo licencia "clickwrap" de NextPoint por dos razones. Primero y más importante, la Corte acuerda con aquellos casos que aprueban la teoría de ProCD. Por ejemplo, 1-Equipment Co. v. ICode, Inc., No. 0057CV467, 2000 WL 33281687(Mass. Dist. Nov. 17, 2000) (Winslow, J.). La UCC "debe ser deliberadamente explicada y aplicada para promover sus propósitos y prácticas intrínsecas," las cuales incluyen "la continua expansión de las practicas comerciales a través de la costumbre, el uso y la aceptación de las partes" UCC § 1-102, Mass. Gen. Laws ch. 106, § 1-102. "El dinero ahora, los términos después" es una manera práctica de realizar contratos, especialmente con compradores de software. Si ProCD estaba en lo correcto al exigir un acuerdo de licencia adjunto diminuto, donde cualquier consentimiento está implícito, entonces también debe de ser correcto incluir un acuerdo de licencia de aceptación mediante*

*clic adjunto, donde la aceptación es explícita. Para estar seguros, los acuerdos de licencia diminutos y los acuerdos de licencia “clickwrap” comparten el defecto de cualquier contrato estándar – son susceptibles a la inclusión de términos que bordean lo inmoral- pero ese no es el caso aquí.*

*El único asunto antes de que la corte 6 el Acuerdo VAR de 1998 provea:*

## 12. LIMITACIONES DE LA RESPONSABILIDAD

*12.1 NEXPOINT NO DA GARANTÍAS Y CONDICIONES A VAR (POR EJEMPLO LAN), TAMPOCO EXPRESA O IMPLÍCITA, CON RESPECTO A LA LICENCIA DE LOS PRODUCTOS, Y RECHAZA TODAS LAS GARANTÍAS INCLUYENDO TODAS LAS GARANTÍAS Y CONDICIONES IMPLÍCITAS MERCANTILES O APROBACIÓN DE UN PROPÓSITO PARTICULAR O QUE NACE DEL CURSO DE LA NEGOCIACIÓN, USANDO LA PRÁCTICA DEL COMERCIO.*

*12.2 LA RESPONSABILIDAD DE NEXTPOINT POR DAÑOS AL VAR POR CUALQUIER CAUSA QUE SE DE, SIN IMPORTAR LA FORMA DE NINGUN RECLAMO O ACCION, NO DEBERÁ EXCEDER DE LOS MONTOS PAGADOS EN CONFORMIDAD CON ESTE CONTRATO, EN EL TRANSCURSO DEL PERIODO DE DOCE MESES QUE PRECEDAN INMEDIATAMENTE A DICHO RECLAMO.*

*12.3 La única responsabilidad de NextPoint a los Usuarios terminados deberá realizarse a lo previsto en el Acuerdo de Licencia del Usuario Terminado.*

*La Corte considera que los acuerdos de licencia “clickwrap” son apropiados. En breve, i.LAN expresamente aceptó el acuerdo de licencia “clickwrap” al momento en que hizo clic en el cuadro que establece “Estoy de Acuerdo.” Segundo, así la Corte quisiera acordar con i.LAN que la sección 2-207 del UCC gobierna, la Corte sostendría que fue de forma implícita que i.LAN aceptó el acuerdo de licencia “clickwrap” porque sus términos adicionales no fueron materiales. UCC § 2-207(2)(b). En otras*

*palabras, no hay una irrazonable sorpresa o perjuicio a i.LAN de hacer exigible la limitación de la responsabilidad. Para entender esta postura, se requiere un poco de la historia. Cuando NextPoint e i.LAN primero formaron su relación, i.LAN firmó un contrato VAR en 1998, el cuál contenía condiciones de garantía y limitaciones de responsabilidad casi idénticas a las que encontró en el acuerdo de licencia “clickwrap”. Más allá, el acuerdo de licencia VAR de 1998 o Acuerdo de Suscripción de Soporte entre NextPoint y el Usuario Terminado.*

*12. 4 Ninguna parte será responsable aquí en adelante por daños resultados de pérdida de información, ganancias o uso de equipo, o ninguna especial, incidental, punitiva o consecuente daño que surja en conexión con el uso o actuación de los Productos Licenciados, aunque cada parte se haya preocupado de la posibilidad de dichos daños. Def.’s App. tab 1.*

*Def.’s App. tab 1 incorpora el acuerdo de licencia “clickwrap” por referencia y específicamente establece que la responsabilidad de NextPoint de terminar usuarios de software será limitado por el acuerdo de licencia “clickwrap”. Finalmente, i.LAN ha instalado el software en muchas ocasiones antes de la transacción de 1999, y cada vez i.LAN necesariamente ha tenido que atravesar el acuerdo de licencia aceptándolo de la misma forma. En breve, NextPoint consistentemente incluyó los avisos de garantía y limitación de responsabilidad en cada contrato que realizó. Cada Contrato, esto es, excepto la orden de compra de 1999.*

*Ese contrato comprende un precio, una cantidad y cinco términos específicos, pero con silencio respecto a las garantías y la potencial responsabilidad. Además, i.LAN argumenta que Nextpoint “tuvo la intención de reemplazarla (compra de venta de 1999) con directa contradicción a los términos o el acuerdo de licencia estandarizado mediante la aceptación del clic, una licencia que no fue referida (en la orden de compra de 1999) ni siquiera mencionada durante las negociaciones, es absurdo”. Al contrario, sería absurdo de permitir que el silencio destruya la orden privada creada en el acuerdo VAR de*

1998 y en los acuerdos de licencia. De hecho, el acuerdo de licencia “clickwrap” específicamente intentó llenar cualquier vacío de destruir la orden de compra privada de 1999. “Hay una larga tradición en la ley de los contratos de leer los contratos sensatamente; contratos --- ciertamente los de negocios del tipo que se envuelven aquí--- no son juegos esporádicos, sino medios para que el mundo del trabajo sea hecho (R.I. Charities Trust v. Engelhard Corp., 267 F.3d 3, 7 (1st Cir.2001)). La única interpretación sensata de la orden de compra de 1999 es que no afecte las limitaciones de responsabilidad fundados en los acuerdos anteriores y subsecuentes realizados entre las partes.

### III. CONCLUSION

Por las razones establecidas, La moción de NextPoint para juicio sumario en parte fue PERMITIDA en septiembre 28, 2001 con respecto a los reclamos de i.LAN por cumplimiento específica (I) y la violación del capítulo 93<sup>a</sup> (VII). Más allá, la Corte sostiene que si i.LAN fuese a prevalecer en otros de sus reclamos serán titulados a recobrar no más de la cantidad pagada por el software licenciado en cuestión, en evidencia, \$85,231.42.

WILLIAM G. YOUNG

CHIEF JUDGE