

Contratos Rodantes^(*) ^(**) [NR]

Robert A. Hillman ^(***)

"Muchas veces nos hemos preguntado sobre los alcances de los contratos que celebramos cuando compramos un producto. El presente artículo nos muestra la evolución del tratamiento de los contratos rodantes en el sistema Anglosajón, con referencia a la teoría de formación del contrato y a jurisprudencia que ha aportado soluciones creativas e integradoras, de este modo, aporta nuevos criterios para la defensa del consumidor y el análisis de las cláusulas abusivas."

Introducción

Es un gran honor para mí participar en este simposio con ocasión del retiro del profesor Joseph Perillo [NR1]. Joe ha sido un líder en el campo de los contratos por casi cuarenta años, y me he beneficiado gratamente de leer sus artículos y libros de gran influencia, y escuchar sus presentaciones en conferencias. Habiendo escrito un tratado líder en contratos, Joe ha hecho fácil para los participantes de este simposio recoger un tema relacionado a su trabajo.

En resumen, él ha escrito profundamente sobre, virtualmente, cada aspecto del Derecho de contratos, incluyendo los contratos por adhesión, un tema al cual

yo me refiero en este trabajo.¹ Específicamente, este ensayo discute cómo el derecho de contratos debería tratar el problema de lo que algunos han llamado los contratos rodantes- contratos de los cuales los compradores, casi siempre los consumidores (o a quien yo debería referirme aquí), ven los términos después de pagar por los bienes que adquieren.

A pesar de bastante notoriedad y tinta desparramada sobre el tema en general de los contratos por adhesión, el Derecho de contratos ha respondido efectivamente a tal problema siguiendo la concepción de Karl Llewellyn, [NR2] para hacer aplicar los términos negociados y la cláusulas fijas que son sensatas, y a la vez, prohibiendo las cláusulas

(*) El artículo original "Rolling Contracts" fue publicado en 71 Fordham Law Review 743-59 (2002). La presente traducción se realiza con autorización expresa del autor y de los editores de la Fordham Law Review.

La Asociación Civil Derecho & Sociedad desea expresar su agradecimiento al Prof. Yuri Vega Mere por haber gestionado la autorización para la presente traducción tanto de la Revista de la Universidad de Fordham como del propio autor.

(**) La presente traducción ha sido realizada por Christian Paredes Montoya y Jahaira Villanueva Faustor, y ha estado al cuidado de Héctor Campos García; integrantes de la Asociación Civil Derecho & Sociedad.

La revisión y corrección de la traducción así como los comentarios o notas [NR] al presente artículo han estado a cargo de Yuri Vega Mere, Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Algunas de las Notas del Revisor [NR] aparecen únicamente en algunos pies de página y no en el texto principal para aclarar el significado de algunas expresiones inglesas traducidas al castellano.

[NR, Nota del Revisor] La expresión "Rolling Contracts" puede ser traducida como "Contratos rodantes" o "Contratos empaquetados", de acuerdo con el contexto en el que el autor lo utiliza. Hemos preferido hacer uso general de la primera de las traducciones (y a veces de la segunda), con lo arbitrario que a veces pueda resultar. La idea de hacer uso de la expresión "rodantes" obedece, como se verá del texto, al desplazamiento de las condiciones generales de contratación de la esfera del proveedor a la del consumidor o adquirente, curiosamente luego de acordada una transacción o contrato. En la referencia que hace el autor sobre el uso de la expresión "Rolling Contracts" en la nota que sigue a ésta, la misma podría traducirse como "Contratos flotantes" [así hemos traducido la frase sólo en dicha nota] pero no es la mejor para los fines de la presente publicación y para lo que sigue del texto principal. Además, lo "rodante" es algo que se desplaza "sobre ruedas", situación que no se podría dar si algo flota sobre el río.

(***) Profesor "Edwin H. Woodruff" de Derecho, Escuela de Leyes de Cornell. Gracias a Annie Jeong, Rosanna Orfield, Jennifer Schultz, Robert Schultz and Brad Wilson por la excelente asistencia de investigación. Traté desesperadamente de pensar en un título ingenioso para este artículo. Pensé en "Contratos flotando en el río" (refiriéndome a la clásica canción de Rock n' Roll. "Proud Mary"-tú sabes, 'flotando', 'flotando', 'flotando' en el río), pero como el juez Easterbook dijo (respecto de un posible análisis legal de estos contratos) en Hill vs. Gateway 2000, Inc., 105 F. 3d 1147 (7th Cir. 1997). "¿Cuál es el sentido en esto?" o ¿Y qué de los contratos rodantes que no cobijan musgo?

[NR1] Joseph M. Perillo fue Profesor de Derecho de los Contratos de la Escuela de Leyes de la Universidad de Fordham. Se formó en la Universidad de Cornell y luego hizo estudios de Postgrado en la Universidad de Florencia.

El homenaje al que se refiere el autor en el texto se dio en el contexto de un Symposium y participaron juristas de la talla de E. Allan Farnsworth (desaparecido hace pocos años y "drafter" de una parte del Restatement -Second- of Contracts), Randy Barnett, el Prof. Melvin Aron Eisenberg (por cuya generosidad guardo especial aprecio y recuerdo), Charles Knapp, el propio Hillman, entre otros. Los artículos aparecen en la misma Revista en la que se publicó el trabajo del Prof. Hillman.

1 Ver e.g. John D. Calamari & Joseph M. Perillo, The Law of Contracts 5-6, 15, 382-92 (4ta ed. 1998). Kevin Clermont piensa que sería imposible escribir sobre, prácticamente, cada asunto del derecho de contratos.

arbitrarias.⁴ El fundamento de este enfoque es el hecho, extensamente aceptado, de que por muchas razones, los consumidores, por lo general, no leen las cláusulas generales de contratación.³ De modo que los consumidores dan su “asentimiento general” a las cláusulas estándar razonables.⁴

El asunto de los “contratos rodantes” involucra un método de presentar las cláusulas generales de contratación a los consumidores.⁵ En un contrato rodante, un consumidor ordena y paga por bienes antes de ver la mayoría de los términos de compra, los cuales se encuentran sobre o dentro de los paquetes de los productos. Una vez recibido, el comprador goza del derecho de devolver los bienes por un período de tiempo limitado.⁶ Los contratos “empaquetados”, por consiguiente, involucran el siguiente tema polémico: ¿son exigibles los términos, por ejemplo, de una cláusula de arbitraje, que se conoce con posterioridad al pago y al envío?

“Por muchas razones, los consumidores, por lo general, no leen las cláusulas generales de contratación. De modo que los consumidores dan su “asentimiento general” a las cláusulas estándar razonables.”

Los teóricos y jueces, generalmente, han analizado este problema determinando cuándo se forma el contrato.⁷ La mayoría argumenta que el contrato se ha formado tanto cuando el consumidor ordena y paga por los bienes y el vendedor los envía, o cuando, después de la entrega, el tiempo previsto para el famoso “acepta o devuelve” expira. En el primer caso, los nuevos términos que aparecen después de la formación del contrato son propuestas que se

adicionan y que no se convierten en parte del contrato. Respecto del segundo caso, los nuevos términos forman parte del contrato porque el consumidor ha tenido la oportunidad de leer los términos antes de la formación del contrato.⁸

A pesar de que las cortes y los comentaristas se enfocan en el momento de la formación del contrato, este análisis, actualmente, rinde pocos frutos. En primer lugar, el análisis de la formación se supone que depende de cuándo las partes intentaron celebrar su contrato, pero pocas son las que se preocupan por esta cuestión técnica; así que el asunto ha tenido poca relevancia práctica. En segundo lugar, incluso si el momento de la formación del contrato es accesible, no nos dice mucho. Asumiendo que la formación del contrato ocurre al mismo tiempo del pago y del envío, los términos a ser vistos de manera posterior podrían aún formar parte del contrato, por ejemplo, si el consumidor estuvo de acuerdo, en dicho momento, en delegar la función de disponer términos razonables al vendedor. Los términos podrían también convertirse en parte del contrato si el consumidor, después de tener una oportunidad de leer los términos, los aceptó como un acuerdo de modificación de contrato. Asumiendo que la formación del contrato ocurre después que el tiempo para la devolución ha expirado, las cortes podrían aún prohibir los términos, por ejemplo, basadas en la teoría de que el consumidor nunca estuvo de acuerdo con ellos, expresamente.

No obstante la confusión, argumentaré que los “contratos rodantes” no deberían convertirse en una cuestión difícil. Regresemos a la visión de Llewellyn en la que la gente falla en leer los términos de sus contratos, y en la que los términos por los que se contrata y los términos honestos deben conformar el contrato. Este enfoque debería ser empleado para resolver el problema de los “contratos rodantes” porque la gente tampoco lee los términos de dichos contratos.

[NR2] Karl N. Llewellyn (1893-1962) fue un destacado estudioso de Teoría del Derecho estadounidense vinculado con la escuela del realismo jurídico. Se formó en la Universidad de Yale, donde se desempeñó como editor en jefe de la Revista de Derecho. Se unió a la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia en 1925, en la que permaneció hasta 1951, fecha en que se trasladó a la Universidad de Chicago. Durante su permanencia en Columbia, Llewellyn se convirtió en uno de los juristas más importantes de su época y fue una figura notable en el debate sobre el realismo jurídico. También fue el “drafter” principal del Código de Comercio Uniforme (UCC). Llewellyn y los realistas pusieron énfasis en los hechos de un caso concreto antes que en las normas jurídicas para definir y entender lo que es el Derecho. El Derecho para los realistas no era una ciencia deductiva ni formalista. Llewellyn es famoso por su afirmación de que la actuación de los jueces y de los actores del Derecho funcionarios son la ley misma. Fue en su obra “The Bramble Bush” que, al analizar el sistema americano (de casos o jurisprudencia) así como su aplicación por los oficiales de la ley, motivó la frase (y concepción) en cuestión que le valió muchas críticas pero también adeptos. La influencia del realismo se extendió por las Universidades estadounidenses y tuvo varias décadas de vigencia, gracias a su tendencia antiformalista. Hoy en día se dispone de la edición a cargo de Steve Sheppard, del año 2008, que recoge la edición del año 1951 con aclaraciones del propio Llewellyn en un prefacio a dicha edición; vid. *The Bramble Bush. The classic lectures on the Law and Law School, with an introduction and notes by Steve Sheppard*, Oxford University Press, 2008.

2 Ver pies de páginas 10-50 y el texto que complementan.

3 Ver pies de páginas 13-18 y el texto que complementan.

4 Ver pies de páginas 30-50 y el texto que complementan.

5 Ver e. g. Amelia H. Boss, *Taking UCITA on the Road: What lessons Have We Learned?*, Roger Williams U. L. Rev. 167, 191 (2001); John E. Murria, Jr. & Harry M. Fletcherer, *The Summer, 1999 Draft of the Revised Article 2 of the Uniform Commercial Code: What Hath NCCUSI. Rejected?*, 19 J.L. & Com. 1, 5-6 & n.13 (1999); Holly K. Towle, *The UCITA Revolution: The New E-Commerce Modelo for Software and Database Licensing*, N° G0-00D9 Práctica 1. Inst. (Abril-Mayo 2000), en 206.

6 Éstos son esencialmente los hechos de *Hill vs. Gateway 2000, Inc.*, 105 F. 3d 1147, 1148 (7th Cir, 1997).

7 “Parece, al menos en parte, que los casos apuntan a si las cortes encuentran que las partes celebraron sus contratos antes o después que el vendedor comunicó los términos al adquirente”. *Klocek vs. Gateway, Inc.*, 104 F. Supp. 2d 1332, 1338 (D. Kan. 2000); ver también Sajida A. Mahdi, *Comment: Gateway to Arbitration: Issues of Contract Formation Under the U.C.C. and the Enforceability of Arbitration Clauses Included in Standard Form Contracts Shipped with Goods*, 96 Nw. U. L. Rev. 403, 404 (2001).

8 Ver pies de páginas 51-60 y el texto que complementan.

De hecho, es algo curioso el porqué los analistas se preocupan tanto en conducir la cuestión a si el vendedor procura que los términos estén disponibles antes o después de la formación del contrato cuando estos autores también creen que los consumidores no leen tampoco los formularios contractuales.⁹ En vez de enfocarse en cuándo los términos están disponibles, la pregunta debería ser si los términos son razonables.

La Parte I de este artículo argumenta que el derecho de contratos ha adoptado correctamente la concepción de Llewellyn respecto de la contratación con arreglo a términos estandarizados. La Parte II explica de manera más amplia el actual enfoque legal referido a los “contratos rodantes” y la confusión creada por concentrarse en la cuestión de cuándo ocurre la formación del contrato. Así también, en la Parte II se argumenta que el enfoque de Llewellyn resuelve el problema de los contratos rodantes. Debido a que la gente no lee los términos de los “contratos empaquetados”, tales términos deben ser tratados exactamente como cualquier cláusula estandarizada. Este enfoque consolida los beneficios de los “contratos rodantes” para ambas partes y frena los potenciales excesos resultantes de la falla de los consumidores al no leer las cláusulas generales de contratación.

Debido a que el debate sobre si los términos de un “contrato rodante” deberían ser exigibles se centra, en gran medida, en la percepción y prácticas de los consumidores -¿leen ellos las cláusulas inflexibles? ¿esperan estar obligados por ellas? ¿cuándo creen que el contrato se ha formado?-decidí, modestamente, investigar sobre el entendimiento del consumidor. En mi clase de contratos de primer año con 102 estudiantes, me presenté con un cuestionario conteniendo nueve preguntas. Mis estudiantes

completaron el cuestionario en su primer día en la Escuela de Leyes, vale decir, cuando eran más consumidores que abogados. El cuestionario completo aparece en el apéndice. Discuto los resultados, tal como es aplicable, en las notas de pie de página.

I. El Tratamiento Legal de las Cláusulas Generales de Contratación

No hay necesidad de decir que, la mayoría de nuestras transacciones involucran cláusulas generales de contratación.¹⁰ La naturaleza de la contratación en términos estandarizados debería ser familiar para cualquiera que pertenezca a este mundo.¹¹ Un representante del vendedor presenta al consumidor un documento ya impreso previamente, que incluye unos espacios en blanco para que las partes lo completen. El vendedor está familiarizado con el documento, habiendo gastado bastante tiempo y dinero usándolo y modificándolo una y otra vez.¹² Por otro lado, el consumidor no está muy interesado en el formulario del vendedor. Por lo general, el consumidor no tiene mucho tiempo para estudiar tal documento ni los recursos para buscar las condiciones, una búsqueda que usualmente resultaría infructífera de todas maneras.¹³

Adicionalmente, el consumidor no podría entender la mayoría del lenguaje, incluso si se diera el trabajo de leer las condiciones.¹⁴ El consumidor, acertadamente, también entiende que aquel que representa al vendedor no va a pactar sobre las condiciones inmodificables.¹⁵ Más que todo, asume que nada malo pasará con el producto, pero, de estar defectuoso, el vendedor arreglará el problema.¹⁶ Finalmente, el consumidor espera que la ley lo proteja de los términos maliciosos.¹⁷ En resumen, el vendedor

9 Para una discusión de si los consumidores deben estar protegidos en los casos de los contratos rodantes porque los bienes están en sus manos y la “inercia” está en el lado de los vendedores, ver pies de páginas 80-82 y el texto que complementan.

10 Ver W. David Slawson, *Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power*, 84 Harv. L. Rev. 529, 529 (1971) [en adelante, Slawson, *Democratic Control*] (afirmando que probablemente el 99% de todos los contratos consisten en adhesión a cláusulas generales de contratación).

11 Friedrich Kessler primero presentó un modelo en Friedrich Kessler, *Contracts of Adhesion—Some Thoughts About Freedom of Contract*, 43, Columbia L. Rev. 629 (1943); ver también Karl Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (1960); Arthur A. Leff, *Contract as Thing*, 19 Am. U. L. Rev. 131 (1970); Todd D. Rakoff, *Contracts of Adhesion: An essay in Reconstruction*, 96 Harv. L. Rev. 1174 (1983); Slawson, *Democratic Control*, pie de página 10.

12 Melvin Aron Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, 47 Stan. L. Rev. 211, 243 (1995) [en adelante Eisenberg, *The Limits of Cognition*].

13 El mayor trabajo empírico muestra que los competidores proveen términos comparables. Ver Richard L. Hasen, *Comment, Efficiency Under Informational Asymmetry: The effect of Framing on Legal Rules*, 38 UCLA L. Rev. 391, 430-31 (1990). Pocos expertos están en desacuerdo. Ver id. en 426-27 (citando a Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 102-03 (3º ed. 1986); Alan Schwartz & Louis L. Wilde, *Intervening in Marketing on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis*, 127 U. Pa. L. Rev. 630, 660-61 (1979)). Los teóricos también sostienen que los consumidores no pueden ponerse a buscar términos si ellos no los leen o ni los entienden. Ver Michael I. Meyerson, *The Efficient Consumer Form Contract: Law and Economics Meets the Real World*, 24 Ga. L. Rev. 583, 596-98 (1990) [en adelante Meyerson, *Efficient Consumer Form*]; Rakoff, pie de página 11, en 1231; Hasen, pie de página en 428. Adicionalmente, pocos escritores sostienen la idea que una minoría de consumidores bien informados aseguran términos beneficiosos para todos los consumidores. Ver R. Ted Cruz and Jeffrey J. Hinek, *Not My Brother's Keeper: The inability of an Informed Minority to Correct for Imperfect Information*, 47 Hastings L. J. 635, 636 (1996) (sosteniendo que la teoría de la minoría informada depende de de asunciones erradas); Michael I. Meyerson, *The reunification of Contract Law: The Objective Theory of Consumer Form Contracts*, 47 U. Miami L. Rev. 1263m 1270-71 (1993) [en adelante Meyerson, *Reunification*] (“A pesar del iluso comentario en contra, no hay evidencia que un pequeño grupo del tipo A de consumidores busquen los términos más beneficiosos del contrato, permitiendo que el mercado proteja a la gran masa de consumidores” (cita omitida)).

14 Ver Melvin Aron Eisenberg, *Text Anxiety* 59 S. Cal. L. Rev. 305, 309 (1986) [en adelante, Eisenberg, *Text Anxiety*]; Meyerson, *Reunification*, pie de página 13, en 1270 & n.33.

15 E. Allan Farnsworth, *Contracts* 296 (3º ed. 1999) (“Algunas veces, los términos básicos relacionados a la calidad, cantidad y precio son negociables. Pero las cláusulas fijan los términos generales puestos en el formulario—no están sujetas a pacto o negociación. Simplemente, deberían ser objeto de adhesión en el caso de que la transacción va de todas maneras.” (cita omitida)).

16 Ver Rakoff, pie de página 11, en 1221. Como un problema general, 98 de 103 estudiantes (95%) “esperaron que el vendedor responda por su producto si algo sale mal”. Apéndice, contemplado en la pregunta 5. Sin embargo, solo 39 de 103 estudiantes (38%) esperaban que el vendedor responda por su producto incluso si los términos dicen que el vendedor no será responsable”. Apéndice, contemplado en la pregunta 6.

17 Ver Llewellyn, pie de página 11, at 370; ver también John J. A. Burke, *Contract as Commodity: A Nonfiction Approach*, 24 Seton Hall Legis. J. 285, 295 (2000). 78 de 103

presenta un formulario largamente incomprensible al consumidor en base a un "tómalo o déjalo", por lo que el consumidor tiene grandes razones para no leer los términos.¹⁸ Los intercambios comerciales en base a cláusulas generales, obviamente, no constituyen el típico concepto de "transacción" del Derecho de contratos clásico, vale decir, cuando las partes se encuentran en igualdad de condiciones y con los términos contractuales negociados por separado. Es más, las cláusulas generales benefician a ambas partes, tanto vendedores como consumidores. A través del uso de aquellos términos, los vendedores estandarizan sus riesgos y reducen los costos de transacción.¹⁹ Además, los vendedores evitan los costos de un proceso creando, hábilmente, sus términos contractuales para acomodar las diversas interpretaciones judiciales.²⁰ Es probable que los vendedores traspasen algunos de estos ahorros a los consumidores por medio de precios más bajos.²¹ Incluso, los vendedores pueden determinar de la mejor manera el "particular conjunto de términos que se 'ajustan' a la necesidades y problemas prácticos que surgen...al llevarse a cabo las transacciones"²², y por tanto, se produce la más eficiente asignación de riesgos para ambas partes.

Los consumidores también se benefician de las decisiones judiciales que eliminan las cláusulas ofensivas.²³ De hecho, debido a las eficiencias y beneficios de las cláusulas generales, no es necesario predecir que la economía se detendría de manera estruendosa sin ellas.

Además, las fuerzas del mercado pueden ofrecer a los consumidores alguna protección contra los vendedores abusivos. Los vendedores pueden tener el incentivo para ofrecer términos razonables para obtener buena reputación e incrementar su participación en el mercado.²⁴ La mayoría de los analistas, sin embargo, creen que los competidores proveen términos similares.²⁵ Además, los consumidores, obviamente, no se ponen a buscar los términos si ellos ni siquiera los leen o entienden.²⁶

Los analistas preocupados de la sobre-regulación de las cláusulas generales también sostienen que una minoría de consumidores bien informados provee incentivos a los vendedores para que establezcan términos contractuales razonables,²⁷ pero hay poca evidencia que sustente esta teoría.²⁸

De esta manera, las cláusulas generales presentan a algunos vendedores la oportunidad de tomar ventaja de algunos consumidores. La representación en la literatura de los vendedores conspirando para poner términos deshonestos en sus contratos en cada oportunidad va demasiado lejos, pero, obviamente, bajo tal escenario, los vendedores tienen considerable ventaja sobre los consumidores.²⁹ Afortunadamente, el derecho de contratos tiene abundantes argumentos cuando los vendedores se vuelven muy codiciosos.

Las cortes también deberían estar autorizadas para hacer frente y trabar cualquier "cláusula general inmodificable indecente y que esté fuera de lo razonable."³⁰

estudiantes (76%) "esperan que la ley los proteja de cualquier término opresivo". Ver infra apéndice, pregunta 7.

- 18 Ver Rakoff, pie de página 11, en 1179 & n.22 ("Virtualmente cada estudioso que ha escrito sobre los contratos por adhesión ha aceptado la verdad [que los consumidores no leen sus términos], y los pocos estudios empíricos que han sido hecho han estado de acuerdo"). Mi estudio refuerza el trabajo empírico. Solo 24 de 100 respuestas (24%) indicaron que ellos leen los términos de los contratos renovables. En el apéndice, en la pregunta 3. Sin embargo, 88 de 103 estudiantes (85%) entienden estar obligados legalmente a los términos". Infra apéndice, pregunta 4.
- 19 Ver Farnsworth, pie de página 15, en 296 ("Porque la interpretación judicial de una cláusula estandarizada sirve como interpretación para cláusulas similares, la estandarización facilita la acumulación de experiencia"): Kessler, pie de página 11, en 631-32; Rakoff, pie de página 11, en 1222 (las cláusulas generales "promueven la eficiencia dentro de una compleja estructura organizacional").
- 20 Ver Marcel Kahan & Michael Klausner, Path Dependence in Corporate Contracting: Increasing Returns, Herd Behavior and Cognitive Biases, 74 Wash. U. L. Q. 347, 350 (1996).
- 21 Ver Rakoff, pie de página 11, en 1230.
- 22 Rakoff, pie de página 11, en 1204. "Hay un tema central que penetra el antiguo y el nuevo Derecho de contratos: los nuevos contratos por adhesión, como que los contratos negociados, son prima facie exigibles tal como se encuentran redactados." Id. en 1176.
- 23 Ver Margaret Jane Radin, Humans, Computers, and Binding Commitment, 75 Ind. L. J., 1125, 1156 (2000).
- 24 Críticas a la regulación de las cláusulas estandarizadas, que generalmente postulan la existencia de un mercado para tales términos. Ver Hasen, pie de página 13, en 426-27 (citando a Posner, pie de página 13, en 102-03); Schwartz & Wilde, pie de página 13, en 660.
- 25 Ver Arthur Alan Leff, The Leff Dictionary of Law: A Fragment, 94 Yale L. J. 1855, 1931-32 (1985). La percepción del consumidor puede ser diferente, sin embargo. 93 de los 102 estudiantes (91%) creyeron que "algunos competidores ofrecen mejores términos que otros". En el apéndice, pregunta 8. A la luz de esto, sorpresivamente, solo 41 de 101 estudiantes (41%) indicaron que ellos compran por los mejores términos (a parte del precio). Ver pie de página, pregunta 9. Tal vez son muy optimistas que nada saldrá mal y que los términos, aparte del precio, no tienen, por tanto importancia. Ver Robert A. Hillman & Jeffrey J. Rachlinski, Standard-Form Contracting in the Electroni Age, 77 N. Y. U. Rev. 429, 452-54 (2002).
- 26 Ver Hasen, pie de página 12, en 428; Meyerson, Efficient Consumer Form, pie de página 13, en 596-98; Rakoff, pie de página 11, en 1231.
- 27 Ver Hasen, pie de página 13, at 427-30; Rakoff, pie de página 11, en 1226 n. 190.
- 28 Ver Meyerson, Reunification, pie de página 13, en 1270-71 ("A pesar del iluso comentario en contra, no hay evidencia que un pequeño grupo del tipo A de consumidores busquen los términos más beneficiosos del contrato, permitiendo que el mercado proteja a la gran masa de consumidores" (cita omitida): cf, Cuz & Hinck, pie de página 13, en 636 (argumentando que la teoría de la minoría informada parte de asunciones erradas).
- 29 Ver Eisenberg, Limits of Cognition, pie de página 12, en 242.43 (caracterizando los contratos por adhesión son deliberadamente diseñados para impedir a los consumidores conocer sus derechos); W. David Slawson, The New Meaning of Contract: The Transformation of Contracts Law by Standard Forms, 46 U. Pitt. L. Rev. 21, 44 (1984) [en adelante, Slawson, The New Meaning] (escribiendo que en su propia experiencia como abogados, su firma trató de crear contratos por adhesión "como uno redactado unilateralmente pensando en los intereses del cliente corporativo tanto como sea posible").
- 30 Llewellyn, pie de página 11, en 370; ver también K. N. Llewellyn, Book Reviews, 52 Harv. L. Rev. 700, 704 (1939) (manteniendo la presunción de que la aceptación "general" no se aplica a "cláusulas irracionales").

Aunque la evolucionada estrategia judicial tiene muchas “etiquetas”, las herramientas empleadas por las cortes reflejan ampliamente la idea de Llewellyn, respecto de la cual, las cortes deben presumir una aceptación expresa del consumidor para el caso de términos negociables y, con tal que el consumidor haya tenido la razonable oportunidad para leer las cláusulas generales, las cortes deben establecer una “aceptación tácita” o general a los términos estandarizados razonables.

Dos de los más importantes caminos judiciales para llevar a cabo estas metas son la doctrina de la irracionalidad [NR3] y la Sección 211(3) del Restatement Second of Contracts [NR4]. El principio de

la irracionalidad autoriza a la corte para que elimine contratos o términos con la finalidad de prevenir “opresión y sorpresas injustas”³¹ [NR5].

“Las cortes también deberían estar autorizadas para hacer frente y trabar cualquier “cláusula general inmodificable indecente y que esté fuera de lo razonable”.

Las cortes, generalmente, no encuentran razonabilidad cuando el proceso de negociación es deficiente o los términos sustanciales son opresivos, aunque los

[NR3] La “unconscionability” es una figura que tiene del Derecho contractual anglosajón que tiende a impedir la ejecución de un contrato basado en la presencia de términos injustos para una de las partes. La falta de contraprestación (consideration) es una base pero no siempre suficiente como para hacer un contrato inexigible. Las Cortes suelen considerar que cuando existe diferencia en el poder de negociación para introducir términos que favorecen abrumadoramente los intereses de quien redactó los términos es posible recurrir a dicha figura. La doctrina americana distingue entre el abuso, irracionalidad o inescrupulosidad (unconscionability) en la etapa de formación del contrato (procedural unconscionability) y en el contenido del contrato (substantive unconscionability). Esta división proviene de un ensayo ampliamente citado de LEFF, *Unconscionability and the Code – The Emperor/new clause*, U. Pa. L. Rev., 115, 1967, pp. 537-538. Cuando un tribunal utiliza la figura en cuestión puede describir una conducta contractual inaceptable, por no ajustarse a los dictados de la conciencia. Además, cuando se juzga un contrato o un término irracional, el Tribunal se niega a que se cumplan las prestaciones que derivan del acuerdo. Tanto el Uniform Commercial Code (que sí es una ley aprobada individualmente –a veces con ligeras adaptaciones- en cada Estado de la Unión) como el Restatement (Second) of Contract regulan la figura. Así, el UCC contiene el siguiente artículo:

“§ 2-302. Unconscionable contract or Term

(1) If the court as a matter of law finds the contract or any term of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or it may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result.

Por su parte, el Restatement (Second) of Contract, inspirado en el CCU o UCC, contiene el art. 208: “§208. Unconscionable contract or Term

If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result”.

Sobre la unconscionability, vid. FARNSWORTH, E. ALLAN, *Contracts*, Aspen, New York, 2004, pp. 294 a 308; FARNSWORTH, E. ALLAN, *United States Contract Law*, Juris Publishing, 1999, pp. 102 a 107; HILLMAN, ROBERT A., *Principles of Contract Law*, Thomson West, Minnesota, 2004, pp. 212 a 217; así como el material jurisprudencial compilado que relaciona dicha figura con los contratos estandarizados en FULLER, LON L. & EISENBERG, MELVIN ARON, *Basic Contract Law*, Thomson West, 2006, Minnesota, pp. 692 a 712.

[NR4] El desaparecido Prof. de Contratos y autor de parte del Restatement (Second) of Contracts ALLAN FARNSWORTH, considera que los Restatements of Law son fuentes de autoridad secundaria en los Estados Unidos de América, que no son otra cosa que la expresión del esfuerzo por sistematizar la jurisprudencia). Antes de ello, dice el autor, el Derecho norteamericano sufría de vaguedad y complejidad y era imposible tener conocimiento de los precedentes y de la masa jurisprudencial en volúmenes innumerables. Por ello, se llegó a la idea de que era necesario sistematizar la jurisprudencia en aquellas áreas no regidas por la legislación con un texto de mayor autoridad que cualquier tratado. Así nacieron los Restatements bajo el auspicio del American Law Institute. El primero que vio la luz fue el Restatement of Contracts (1932) que tuvo como ponente a SAMUEL WILLISTON y contó con la asesoría de ARTHUR CORBIN. Los redactores siempre han sido personas que han gozado de gran autoridad y que a su vez discutían los proyectos en grupos compuestos por abogados, profesores y jueces. Los Restatements abarcan diversos temas: Torts, Contracts, Conflicts of Laws, Property, etc. y algunos tienen ya hasta tres versiones. No se trata de compilaciones ni normas aprobadas por autoridad alguna. La autoridad proviene de los precedentes, de sus redactores y de los organizadores (el American Law Institute). Por ello algunos autores prefieren hablar de soft law frente al derecho promulgado por el Estado (hard law) Vid. FARNSWORTH, E. ALLAN, *An introduction to the Legal System of the United States*, Popular Prakashan, Bombay, 1988, pp. 78 a 80. Como bien dijo el afamado jurista GRANT GILMORE, *The ages of American Law*, Yale University Press, New Haven & London, 1977, pp. 72 y 73: “The Restatements, although cast in statutory form, were not designed to be (and were not) enacted as statutes by any legislature. The idea or the hope was the Restatement formulations would exert a persuasive, even a compelling, force in purging the common law of eccentricities which might have arisen in particular jurisdictions and in promoting a soundly based uniformity throughout the country. The Restatements can be taken as a more direct method of achieving the same results which, earlier in the century, had been pursued through codification of commercial law. Samuel Williston, who, following the success of the Sales Act, had become the quasi-official draftsman for the National Conference of Commissioners on Uniform States Laws, became the Chief Reporter for the American Law Institute’s Restatement of Contracts”. Los Restatements, por lo demás, encajan con el estilo del ánimo codificador que hubo en el área del Common Law (en Inglaterra resalta el nombre de Jeremy Bentham y en Estados Unidos el de David Dudley Field, por su labor en el Estado de Nueva York durante el Siglo XIX) pues su estilo de propuesta de codificación se parece más a una consolidación y no necesariamente a una reforma total, sin que ello no implique innovación como paso con el Code of Civil Procedure que redactó Field para Nueva York.

31 Sección 2-302 del C.C.U. coment. 1 (1962). Ver generalmente Robert A. Hillman, *The Richness of Contract Law*, 129-43 (1997). El C.C.U. codifica la irracionalidad por la venta de bienes en la sección 2-302, pero la versión del Common Law se aplica a otros contratos. Sección 2-302 lo dice en parte: Si la corte, como problema de derecho, encuentra que el contrato o cualquier cláusula del mismo ha sido irracional en el momento que fue celebrado, la corte puede evitar que el contrato sea exigible, o puede hacer exigible el resto del contrato sin tomar en cuenta la cláusula irracional, o puede tan solo limitar la aplicación de cualquier cláusula irracional como evitar cualquier resultado irracional.

Sección 2-302 del CCU.

[NR5] El Código de Comercio Uniforme (CCU, UCC o el Código), publicado por primera vez en 1952, es uno de una serie de Leyes uniformes promulgadas para armonizar la legislación del contrato de venta y otros contratos e instituciones comerciales en los 50 estados en los Estados Unidos de América. El CCU es el más largo y más elaborado de las Leyes uniformes. Fue un esfuerzo conjunto de la Conferencia Nacional de Comisionados para las Leyes Estatales Uniformes o National Conference of Commissioners on Uniform States Laws (NCCUSL) y el American Law Institute (ALI). El UCC fue elaborado por algunos de los principales eruditos legales de los Estados Unidos, incluyendo a Karl N. Llewellyn, William A. Schnader, Soia Mentschikoff (esposa de Llewellyn) y Grant Gilmore. El Código no es una Ley sino un modelo recomendado que ha sido aprobado por medio de leyes estatales con adaptaciones. Una vez promulgada en cada Estado por la legislatura del mismo cobra vigencia. El American Law Institute y la NCCUSL han creado un Consejo Editorial permanente para revisar periódicamente el UCC. Esta Junta ha emitido una serie de observaciones oficiales y otros documentos publicados sobre el Código. Si bien estos comentarios no tienen fuerza de ley, los tribunales los citan como autoridad persuasiva para interpretar algunas de sus disposiciones.

El Código, en uno u otro de sus varias revisiones, se ha promulgado en todos los 50 estados, así como en el Distrito de Columbia, el Commonwealth de Puerto Rico, Guam y las Islas Virgenes de los EE.UU. Louisiana ha aprobado la mayoría de las disposiciones de la UCC, con la excepción del artículo 2, prefiriendo mantener su propia tradición de derecho civil que rige la venta de mercancías.

casos más fuertes y convincentes involucran ambas características.³² Por ejemplo, cuando una cláusula contiene lenguaje ilegible o términos muy técnicos que acaban con las razones del consumidor para contratar, y el vendedor no puede justificar la presencia de aquellos términos en base a sus necesidades, la corte aplica "la no razonabilidad".³³ Por otro lado, las cortes raramente eliminan términos simplemente porque benefician mucho a una de las partes. En otras palabras, el principio de la irracionalidad sigue el modelo de Llewellyn del asentimiento del consumidor a las razonables, aunque muy favorables para los vendedores, cláusulas generales de contratación. La Sección 211(3) del Restatement (Second) of Contracts también refleja la formulación de Llewellyn: "Cuando la otra parte tiene razón para creer que la parte que manifiesta su aceptación no lo haría si supiera que el escrito tuviese una cláusula en particular, tal término no será parte del contrato".³⁴ Bajo esta sección, el que prepara los términos debe tener razón para entender que la otra parte no estaría dispuesta a contratar si hubiera conocido la inclusión del término en discusión.³⁵ De acuerdo al comentario [a dicha Sección], los términos que frustran el propósito del contrato y/o acuerdo, vale decir, términos "bizarros y opresivos", y que generan conflicto con los términos negociados, califican para una exclusión de acuerdo a esta Sección.³⁶ Éstos son, precisamente, los términos que, de acuerdo a Llewellyn, son "irracionales e indecentes" y que, por tanto, no tienen el derecho a la presunción de exigibilidad de acuerdo con su enfoque basado en el "asentimiento general" (de la parte adherente).³⁷

Algunos analistas abogan por una regulación más

drástica de cláusulas estandarizadas. Por ejemplo, el profesor Rakoff cambiaría el sentido a la presunción de exigibilidad de las cláusulas generales alegada por Llewellyn, por una presunción (no absoluta) de no exigibilidad.³⁸ Esencialmente, Rakoff enfatiza la opción de exigir el cumplimiento de términos creados por una de las partes a preferir la transacción y el forzar términos impuestos por el Estado: "No hay razón para pensar que las cláusulas (no negociables) deben ser consideradas exigibles, o incluso válidas *prima facie*, cuando ellas son incorporadas en contratos por adhesión. La solución judicial puede ser mejor o peor que la fórmula del oferente, pero es claramente una alternativa".³⁹

Rakoff encuentra un defecto en la noción de la "aceptación general" de Llewellyn. Rakoff, acertadamente, critica la analogía realizada por Llewellyn de la parte adherente "entregando un cheque en blanco" a la parte predisponente.⁴⁰ La descripción de un "cheque en blanco" implica que los consumidores aceptan cualquier cosa que el vendedor escriba, sin importar si es razonable o no. Pero, la concepción de Llewellyn del "asentimiento general" se lee mejor si se considera solo si, a pesar de la falta de los términos por los consumidores, los usuarios comprenden la existencia de cláusulas generales y están de acuerdo en incorporarlos al contrato, a condición de que los términos no sean irracionales. Tal asentimiento no es distinto del de un consumidor que acepta los varios componentes de un automóvil que está comprando, con tal que sean aptos para su propósito ordinario, incluso si el usuario no tiene conocimiento en absoluto de esos componentes.⁴¹ En ambos casos el consumidor ha

32 Ver Robert A. Hillman, Debunking Some Myths About Unconscionability: A New Framework for U. C. C. Section 2-302, 67 Cornell L. Rev. 1, 30 (1981). Por un caso reciente requiriendo irracionalidad sustantiva y procedimental, ver *Bischoff vs. DirectTV, Inc.*, 180 F. Supp. 2d 1097, 1107 (C. D. Cal. 2002).

33 Ver Hillman, pie de página 32, en 32

34 Ver Restatement (Second) of Contracts, 211 (1979), discutido in Rakoff, pie de página 11, en 1491. Por tanto, las cortes han aplicado la sección mayoritariamente para los contratos de seguro. Ver Curtis J. Berger & Vivian Berger. *Academic Discipline: A Guide to Fair Process for the University Student*, 99 Colum. L. Rev. 289, 330 (1999).

35 Ver Berger & Berger, pie de página 34, en 329; Rakoff, pie de página 11, en 1191.

36 Ver Restatement (Second) of Contracts, 211 cmt. f (1979), discutido en Rakoff, pie de página 11, en 1191.

37 Algunas cotes han confundido la aplicación de la sección 211(3) enfocándose en la expectativa del firmante. Ver James J. White, *Form Contracts Under Revised Article 2*, 75 Wash. U. L. Q. 315, 319 (1997).

La ley estatal de protección al consumidor, obviamente, también juega un rol de política relativa a las cláusulas generales de contratación. La mayoría de leyes requieren la revelación de información y prohíbe prácticas engañosas. Algunos también crean derechos sustantivos, tales como "los derechos de limón". Ver Michael M. Greenfield, *Consumer Law: A Guide for Those Who Represent Sellers, Lenders, and Consumers*, 4, 1, en 160-61, en 228, 9.3.2, en 559-60 (1995).

38 Rakoff, pie de página 11, en 1176. Rakoff aparentemente ejecutaría las cláusulas generales solo cuando el vendedor pudiera establecer que ellos son "importantes para la preservación de la habilidad de la firmas para iniciar nuevas empresas y prácticas, y que tal exigibilidad contribuye concretamente al funcionamiento del negocio como una fuerza social independiente del control gubernamental." Id. En. 1242.

39 Id. En 1183. Más adelante dice:

Hay un vacío lógico entre la proposición de que la distribución masiva de bienes requiere términos estandarizados y la afirmación que ella requiere inclusive la exigibilidad de los términos estandarizados... La requerida estandarización puede reposar sobre términos definidos por el Common Law [NR6], por ley escrita o por regulación propuesta para dicho propósito; nada insito en el concepto de distribución masiva de bienes exige que deba prevalecer los términos de la parte predisponente.

El autor se refiere al Common Law como creación judicial del derecho distinta al derecho escrito (Statute Law) que menciona luego en la misma nota.

Id. En 1208.

40 Id. En 1200.

41 Ver Jeffrey E. Thomas. *An interdisciplinary critic of the Reasonable Expectations Doctrin*. 5 Conn. Ins. L. J. 295, 308 N.63 (1998).

[Numerosos] estudios [indican] que los consumidores drásticamente limitan su búsqueda de información sobre [productos] duraderos como mueblería y autos, y servicios tales como aquellos de profesiones generales... La mayoría de los consumidores para asuntos domésticos visitan una simple tienda, dejan de consultar la publicidad, usan información limitada sobre precios, considerar solo una marca, y utilizan percepciones relativas a la reputación del fabricante y la forma en la que presenta sus productos, antes que hacer evaluaciones sobre los atributos de los productos y servicios para extraer juicios de calidad.

Id. (citando a Gordon R. Foxall & Ronald F. Goldsmith, *Consumer Psychology for Marketing*, 31 (1994)). Pero ver Eisenberg, *Text Anxiety*, pie de página 14, en 309 ("El mismo consumidor que está dispuesto a leer simples textos narrativos que revelan los atributos de un producto (como una lista de ingredientes) no está a menudo dispuesto a leer el denso texto que contiene el formulario contractual").

delegado implícitamente al vendedor la obligación de seleccionar términos razonables.⁴²

Está por descontado, dada sus preferencias, que el consumidor podría no haber escrutado alguna de las partes o términos seleccionados para él (otros términos podrían ser más favorables). El modelo del “asentimiento general” toma en cuenta las realidades complejas que surgen de las limitaciones del mercado y el conjunto de factores que racionalmente conducen a los consumidores a no leer los contratos estandarizados.⁴³

Rakoff también cuestiona la asunción de Llewellyn de que los vendedores, mejor que los jueces, pueden determinar las condiciones más eficientes para la transacción⁴⁴. La experiencia y conocimiento de los vendedores no persuaden a Rakoff: “La asunción de la pericia puede estar equivocada, un hombre de negocios que redacta predispone un formulario contractual puede carecer de información necesaria para determinar las condiciones apropiadas”⁴⁵. Además, los intereses personales de los vendedores, incluyendo, claro está, el superar a su competencia, puede ejercer mucha influencia⁴⁶. Finalmente, los redactores de las condiciones contratadas por los vendedores (usualmente abogados), pueden abusar de provisiones protectoras ignorando las reales necesidades de los mismos vendedores⁴⁷.

Ninguna de las afirmaciones de Rakoff parece totalmente convincente. Al menos, entre los hombres de negocios y los jueces, los primeros deberían ser más capaces de valorar el contenido apropiado

de los formularios contractuales, ya que la gente de negocios inevitablemente gana conocimiento y experiencia a través de sus actividades diarias. Adicionalmente, los comerciantes quieren redactar cláusulas que minimizarán el éxito de su compañía y simultáneamente de sus carreras⁴⁸. Por otra parte, los abogados, quienes cada vez trabajan más en sus hogares, juegan un mayor rol del que Rakoff estaría dispuesto a reconocer⁴⁹. Finalmente, Rakoff resta importancia a las limitaciones de los jueces, tales como carencia de información, experiencia y tiempo⁵⁰.

Asumiendo que el enfoque de Llewellyn para la formación de los contratos es apropiado, ¿cómo puede el mismo ayudar a resolver el problema de los “contratos rodantes”? Ése es el objetivo del resto de este artículo.

II. Contratos Rodantes

Aunque el adecuado propósito legal de los contratos renovables es bastante controversial⁵¹, los hechos de los casos de los “contratos rodantes” no son complejos. Hill vs. Gateway 2000, Inc.,⁵² decidido por el ex – profesor de derecho Frank Easterbrook, es típico⁵³. Los Hill ordenaron una computadora a Gateway vía telefónica y le dieron la información acerca de su tarjeta de crédito para el pago, y Gateway despachó el computador. Cuando el computador llegó, su caja contenía un conjunto de condiciones de contratación que regularían el acuerdo a menos que los Hill devolviesen el equipo en treinta días⁵⁴. Los Hill usaron el computador por más de treinta días, luego se sintieron insatisfechos con su funcionamiento, y

42 Ver Leff, pie de la página 11; Radin, pie de página 23, en 1149 (basándose en Lewis, A. Kornhauser, Unconscionability in Standards Forms, 64 Cal. L. Rev. 1151 (1976)); ver también Hanoch Sheiman, Contractual Liability and Voluntary Undertakings, 20 Oxford J. Estudio Legal. 205, 209 (2000) (“[E]l fenómeno de los contratos por adhesión es a veces interpretado como un contraejemplo a [la visión que existe una importante conexión entre la responsabilidad contractual y la obligación voluntaria]. Pero... los contratos por adhesión son genuinos contratos, teniendo presente que ellos son celebrados libre y parcialmente para asumir una obligación”).

43 Sobre el tema de las limitaciones económicas, ver John Dalzell, Duress por Economic Pressure I, 20 N.C. L. Rev. 237, 237-38 (1942); ver también M. Trebilcock, The Limits of Freedom of Contract 242-43 (1993).

44 Ver Rakoff, nota pie de página 11, en 1204; notas pie de página 38-39 y texto que acompañan.

45 Rakoff, nota pie de página 11, en 1204.

46 Ibid.

47 Ibid. En 1205.

48 Ver. e.g., Kessler, nota pie de página 11, en 631-32.

49 Ver Eisenberg, Limits of Cognition, nota pie de página 12, en 242-43; Slawson, New Meaning, nota pie de página 29, en 44. Pero ver Rakoff, nota pie de página 11, en 1204.

50 Ver Robert C. Clark, Contracts, Elites, and Traditions in the Making of Corporate Law, 89 Columbia L. Rev. 1703, 1714-15 (1989) (“El gobierno, en la persona de los jueces, legisladores o reguladores, raramente actuaría mejor que A y B sobre la base de incentivos o considerando la dimensión de la información.”)

51 Ver Klocek V. Gateway Inc., 104 F. Supp. 2d 1332, 1337-38 (D.Kan. 2000). La autoridad de otras cortes (para el tema de contratos rodantes) está dividida. Compare Step-Saver, 939 F.2d 91 (la impresión de las condiciones en el paquete del software de la computadora no es parte del acuerdo); Arizona Retail Sys., Inc. V. Software Link, Inc., 831 F. Supp. 789 (D. Ariz. 1993) (acuerdo de licencia enviado con el software del computador no es parte del acuerdo); y U.S. Surgical Copr. V. Orris, Inc., 5 F. Supp. 2d 1201 (D. Kan. 1998) (las restricciones de uso incluidas en el empaque del producto no implican un acuerdo vinculante); con Hill v. Gateway 2000, Inc., 105 F.3d 1147 (7mo Cir.), cert. denegado, 522 U.S. 808 (1997) (cláusula arbitral que se envía con el computador que vincula al comprador); ProCD, Inc. V. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7ma Cir. 1996) (licencia de un acuerdo shrinkwrap vinculante para el comprador) [NR7]; y M.A. Mortenson Co., Inc. V. Timberline Software Corp., 140 Wash. 2d 568, 998 P.2d 305(2000) (siguiendo Hill y ProCD en el acuerdo de licencia suministrado con el software).

[NR7]: Los “shrinkwrap agreements” son acuerdos de licencia cuyos términos y condiciones son de naturaleza (supuestamente) contractual que pueden ser leídos y aceptados por el consumidor sólo después de la apertura del producto. Id.; ver también Uniform Computer Information Transactions Act, 103(a), 111, 112(a) 112(e)3, 208, 209(a), 209(b) (2000) (explicando que en “la transacción por información de un ordenador”, la parte está obligada a condiciones razonables que llegan después de que las partes deviene “obligada” sólo si la parte “manifiesta su asentimiento” después que tuvo “oportunidad de revisárselas”. La parte debe haber tenido el derecho de devolver los bienes.

52 105 F.3d 1147 (7ma Cir. 1997).

53 Ver, e.g., The Gateway Thread-AALS Contracts Listserve, 16 Touro L. Rev. 1147 (2000) (En adelante Gateway Thread) (una muy interesante y útil discusión respecto de Hill v. Gateway 2000, Inc se encuentra impresa en un e-mail donde discuten unos profesores). Para un caso reciente seguir Hill, ver Bischoff v. DirectTV, Inc., 180 F. Supp. 2d. 1097, 1107 (C.D. Cal. 2002).

54 Hill 105 F.3d en 1148, 1150.

recurrieron a la Corte Federal. Una de las condiciones generales de contratación enviadas a los Hill establecía el arbitraje para solución de conflictos. ¿Era esa previsión exigible?

Easterbrook razonó que el despacho de la computadora y de las condiciones generales a los Hill con el derecho a devolver la computadora en treinta días constituía una oferta y que la retención por parte de los Hill, de la computadora por más de treinta días constituyó la aceptación. El contrato se entendió celebrado al concluir el periodo de treinta días, incluyendo así la cláusula arbitral y las demás condiciones generales de contratación provistas por Gateway.⁵⁵

Entre sus argumentos, los Hill aparentemente afirmaron que el contrato se celebró cuando ellos pagaron el computador y Gateway lo envió; y que la Sección 2-207(2) del Código Comercial Uniforme (Uniform Commercial Code) se aplicaba para excluir todos las condiciones "adicionales" que se conocieran luego de la celebración del contrato, incluyendo la cláusula de arbitraje⁵⁶. Sin embargo, pese a basarse en la decisión previa adoptada en el caso ProCD, Inc. V. Zeidenberg⁵⁷, Easterbrook encontró que vendedores como Gateway pueden (y así lo hizo) condicionar la formación del contrato a la revisión del producto y lectura de las condiciones por parte del comprador. Segundo, Easterbrook concluyó que la Sección 2-207 ni siquiera es aplicable a la disputa Hill-Gateway debido a que su transacción se basaba únicamente en el formulario contractual de Gateway, en tanto que la Sección 2-207 se aplica a los casos "guerra de formularios". [NR9]

Easterbrook está claramente equivocado con la aplicación de la Sección 2-207. Nada en el texto de esta Sección limita su aplicación a transacciones

que impliquen más de un formulario contractual⁵⁸. Easterbrook también podría haberse equivocado sobre la determinación del momento en que se entiende formado el contrato. La sección 2-206(1) (b) del C.C.U., la cual fue ignorada por Easterbrook, también es aplicable al caso Hill-Gateway: "a menos que de otro modo se indique claramente por el lenguaje o las circunstancias... una orden u otra oferta para comprar productos para un pronto o inmediato envío se interpretará como una invitación a aceptar mediante una promesa de envío o por el pronto o inmediato envío de mercaderías conformes o no conformes con aquélla..."⁵⁹.

Bajo la Sección [del CCU], Easterbrook está en lo cierto solo si el lenguaje o las circunstancias muestran claramente que el contrato se formó después de que Gateway enviara el computador y los Hill lo tuvieron por treinta días. Aunque las partes podrían haber estructurado su operación de esta manera, es poco probable que ellos pusieran mucha atención a si el contrato técnicamente se formó al momento del pago, cuando entregaron el producto o treinta días después de la entrega⁶⁰. Al contrario, las partes se preocuparon por los mecanismos de la transacción, en el sentido de cómo los Hill podían ordenar el computador, cómo Gateway lo entregaría, cuando y cómo recibirían los Hill las condiciones de contratación, así como cuándo y sería muy tarde para los Hill devolver el computador.

Si las partes no determinan un claro momento de formación del contrato, la sección 2-206(b) aparece para controlar que la oferta y la aceptación (orden y entrega) tuvieron lugar antes de que los Hill recibieran las condiciones de contratación. ¿Pero, si fue así, cuáles condiciones? El momento de la formación del contrato no revela claramente si las condiciones de contratación "rodantes" llegan a ser parte del contrato.⁶¹

55 Id. En 1150; ver también M.A. Martenson Co. V. Timberline Software Corp., 998 P.2d 305 (Wash. 2000); Westendorf v. Gateway 2000 Inc., No. 16913, 2000 WL 307369 (Del. Ch. Mar. 16, 2000); Brower v. Gateway 2000, Inc., 676 N.Y.S.2d 569 8App. Div.1998; Levy v. Gateway 2000, Inc., 1997 WL 823611 (N.Y. Sup. Ct 1997). Solo 15 estudiantes de un total de 98 (15%) creyeron que un contrato bajo la modalidad de contrato empaquetado se entendió celebrado 30 días después de que el consumidor recibió el ordenador. Ver Apéndice, pregunta 2 de la encuesta. De otro lado, un total de 56 estudiantes de 98 en total (57%) creyó que el contrato se entendió celebrado cuando el consumidor recibió el envío del computador o posteriormente. Id. En general, la pregunta número 2 revela que los estudiantes no tienen una firme percepción de cuando el contrato ha sido celebrado, lo cual sostiene la tesis de que no mucho debe depender de ello.

56 U.C.C. 2-207(2) establece en parte: "Las condiciones adicionales se considerarán como propuestas para ser añadidas al contrato. Entre los comerciantes, tales condiciones llegan a ser parte de su contrato a menos que..." [NR8]. La opinión no está enteramente clara respecto del argumento de los Hills basado en la previsión. Easterbrook discute la referida Sección al distinguir el caso con ProCD, Inc. V. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7ma Cir. 1996), en el que, como los Hills señalaron, las partes son comerciantes, que la cláusula "a menos que" no daba ninguna respuesta satisfactoria, y que las condiciones controvertidas se convirtieron en parte del contrato. Por lo tanto, los Hills deberían haber reclamado que, en su caso, solo aplicaba el primer párrafo de la Sección 2-207(2), y por lo tanto, las condiciones generales enviadas por Gateway se mantuvieran únicamente como una oferta. Para una discusión del resultado de la encuesta y la percepción de los estudiantes acerca de cuándo el contrato está formado cuando es un supuesto de contrato rodante ver nota 55.

[NR8]: Dejo constancia que la Sección 2-207(2) del U.C.C. no se refiere a cláusulas estandarizadas sino a condiciones contractuales en general, sean o no estandarizadas.

57 86 F.3d 1447 (7mo Cir. 1996)

[NR9] El autor se refiere al conocido conflicto que surge cuando la transacción se da entre comerciantes y ambos utilizan sus propios condicionados generales de contratación. Es decir, cuando la oferta contiene los términos definidos y predispuestos por el oferente y el aceptante (si cabe llamarlo así, pero es usual hacerlo) "acepta" la oferta pero enviando su declaración contractual con los términos predispuestos por él, lo que genera la necesidad de definir cuál es el contenido del contrato. Si bien se han propuesto diversas soluciones, como aquella que favorece la última declaración contractual, lo cierto es que el asunto no tiene una única respuesta y se procura construir el contenido sobre la base de las coincidencias de los condicionados y aplicar, de ser el caso, la *lex mercatoria*.

58 Ver, e.g., Kloczek v. Gateway, Inc., 104 F. Supp. 2d 1332, 1338 (D. Kan. 2000); Shuba Ghosh, Where's the Sense in Hill v. Gateway 2000?: Reflections on the Visible Hand of Norm Creation, 16 Touro L. Rev. 1125, 1134 (2000). "Hay una verdadera metida de pata en las opiniones -ellas sostienen que la Sección 2-207 aplica únicamente cuando hay dos formularios contractuales... Esto es un error fatal!" Gateway Thread, nota pie de página 53, en 1154 (opinión de Mark Gergen).

59 Ghosh, nota pie de página 58, en 1132-33 señala la aplicabilidad de la Sección 2-206(1)(b) [del CC].

60 Hill v. Gateway 2000, Inc., 105 F.3d 1147 (7ma Cir. 1997); ver nota pie de página 55.

61 Cf. Step-Saver Data Sys., Inc v. Wyse Tech., Inc., 939F.2d 91, 98 (3er Cir. 1991) ("La actuación de las partes demuestra la existencia del contrato. La disputa es, por tanto, no acerca de la existencia del contrato, sino sobre la naturaleza de los términos"). Para el caso, el intento de etiquetar la transacción (e.g., oferta irrevocable, venta a

Incluso si el contrato Hill-Gateway se hubiera formado en el momento de la entrega, el uso del computador por los Hills por más de treinta días puede constituir un acuerdo para modificar el contrato e incluir las condiciones de Gateway⁶². Bajo la sección 2-209(1), un acuerdo no requiere contraprestación [consideration] [NR12] para ser exigible y Gateway ciertamente hubiera podido construir el caso alegando que los Hill aceptaron implícitamente las “nuevas” condiciones al mantener consigo el computador. Alternativamente, Gateway podría argumentar que, después del pago, los Hill, que sabían que las condiciones se encontraban en camino de ser enviadas, implícitamente convinieron en delegar a Gateway el derecho de establecerlas. O las condiciones podrían haber llegado a ser parte del contrato sobre la teoría de una condición implícita en el contrato era que los Hill aceptarían las condiciones que llegarían luego del pago. Contrariamente, aunque en parte distante, incluso si el contrato maduraba treinta días después de la entrega de Gateway, como

Easterbrook encontró, una corte pudo limitar las condiciones de Gateway sobre la teoría de que los Hill expresamente nunca acordaron expresamente los nuevos términos⁶³. Todavía hay otras posibles variaciones.⁶⁴

Si el momento de la formación no debería dictar las condiciones del contrato, ¿qué debería hacerlo? Como con cualquier contexto de cláusulas generales de contratación, las Cortes deberían seguir el modelo de Llewellyn para exigir las condiciones razonables y eliminar las los términos escandalosos⁶⁵. Dicho de otro modo, las Cortes pueden presumir que los consumidores como los Hills otorgan el “consentimiento general” a términos que eligen no leer, siempre que tales condiciones no sean injustas ni en su presentación ni en su sustancia.⁶⁶

Con respecto a la cláusula de arbitraje en el caso Hill- Gateway, este enfoque exigiría que los

aprobar, etc.) no ayudaría mucho si el objetivo es resolver la pregunta normativa de si las condiciones de Gateway podían ser exigibles. Para discusiones acerca de la denominación apropiada para la transacción, ver Gateway Thread, nota 53, en 1194 (opinión de Thomas Joo) (oferta irrevocable) [NR10] Mid. En 1179 (opinión de Mark S. Scarberry) (la transacción Gateway-Hill fue una “venta sujeta a aprobación” bajo las secciones 2-236 y 2-237 [del CC], por lo que los consumidores compradores necesitan solo notificar a sus vendedores acerca de su decisión para devolverlos productos y dejarlos en las manos de quien los llevará de regreso).

[NR10]: La expresión “option contract” no debe ser traducida como “contrato de opción”. La expresión alude, en realidad, a una oferta irrevocable en el derecho contractual estadounidense y no al contrato de opción que conocemos en el Civil Law. En el derecho americano la propuesta para celebrar el contrato es, en principio, revocable y sólo la existencia de una contraprestación (consideration) puede transformarla en no revocable, aun cuando se trate de un “peppercorn” (ver NR12).

62 Ver sección 2-209 (2002) del UCC. [NR11]

[NR11]: La sección a la que alude el Prof. Hillman establece:

§ 2-209. Modification, Rescission and Waiver.

- (1) An agreement modifying a contract within this Article needs no consideration to be binding.
- (2) An agreement in a signed record which excludes modification or rescission except by a signed record may not be otherwise modified or rescinded, but except as between merchants such a requirement in a form supplied by the merchant must be separately signed by the other party.
- (3) The requirements of Section 2-201 must be satisfied if the contract as modified is within its provisions.
- (4) Although an attempt at modification or rescission does not satisfy the requirements of subsection (2) or (3), it may operate as a waiver.
- (5) A party that has made a waiver affecting an executory portion of a contract may retract the waiver by reasonable notification received by the other party that strict performance will be required of any term waived, unless the retraction would be unjust in view of a material change of position in reliance on the waiver.

Sección que podría traducirse como sigue:

§ 2-209. Modificación, rescisión y renuncia.

- (1) Un acuerdo modificadorio de un contrato de acuerdo con lo previsto en el presente artículo no necesita ninguna contraprestación (consideration) para ser vinculante.
- (2) Un acuerdo en un documento firmado que excluye la modificación o la rescisión, salvo por otro documento firmado, no puede ser modificado o rescindido de ningún otro modo, excepto en el caso de contratos entre comerciantes en que dicho requisito puede ser provisto por medio del formato suministrado por uno de los comerciantes que deberá ser firmado posteriormente por la otra parte.
- (3) Los requisitos de la Sección 2-201 deben cumplirse para que el contrato modificado se encuentra dentro de sus disposiciones.
- (4) Si el intento de modificación o rescisión no cumple los requisitos de la subsección (2) o (3), podría operar como una renuncia.
- (5) La parte que ha hecho una renuncia que afectan la parte no ejecutada de un contrato podrá retractarse de la renuncia mediante una notificación que habrá de ser recibida en un plazo razonable por la otra parte en el sentido que se requerirá el estricto cumplimiento de los términos a los que inicialmente se renunció, salvo que dicha retractación sea injusta debido al cambio material de de la situación de la parte que actuó confiando en la renuncia.

[NR12] Nótese que venimos traduciendo consideration como contraprestación. No este es el lugar para una mayor explicación, pero la consideration del Common Law no puede ser traducida o intercambiada con el concepto de causa como a veces se ha sostenido. La consideration es una institución de vieja data en el Derecho contractual inglés que tuvo como propósito, en sus inicios (siglos XVI y XVII) controlar la adecuación entre el valor de las prestaciones intercambiadas. Al afirmarse en el siglo XVIII y sobre todo en el XIX la libertad de contratación (y aquí sigo la cronología de Patrick S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, Clarendon Press, Oxford, 2003 (reimpresión de la edición de 1979), pp. 399 ss) la consideration no fue vista más con ese propósito paternalista sino como la necesaria corresponsividad de prestaciones sin necesidad de analizar el valor exacto o aproximado entre ellas. Además, debe tenerse en cuenta que el desarrollo de la idea “moderna” del contrato en Inglaterra, como simple intercambio de promesas (y ya no como consecuencia de la ejecución previa de una las prestaciones o de la actuación de una de las partes confiando en la otra, es decir, en lo que usualmente se conoce como “the reliance interest” o “the benefice interest” luego calificado por el jurista y filósofo americano Lon Fuller [The Reliance interest in contract damages, *Yale Law Rev.*, 1936, Vol. 46, pp. 52 ss] como “restitution interest”) se debió, en gran parte, a la influencia de R. Pothier y su famoso Tratado de las Obligaciones que fue traducido al inglés en 1806 en el que acuñó el principio consensualista del contrato que influyó en los juristas ingleses y que además contempló como causa de las obligaciones tanto el intercambio de prestaciones en el caso de contratos onerosos como el espíritu de liberalidad en los contratos a título gratuito. El Common Law no admite la exigibilidad de los contratos sin contraprestación (consideration) alejándose, por ello, del concepto de causa sentado por Pothier. De allí que no resulte posible equiparar ambos conceptos. Por lo demás, en la etapa “moderna” (hoy considerada “clásica”) en que se asienta la libertad de contratar como principio, la consideration no es controlada, como se ha dicho, en su adecuada correspondencia económica al grado de aceptarse que inclusive una grano de pimienta (peppercorn) vale como contraprestación.

63 La definición de “acuerdo” en la sección 1-203 del .C.C.U. es que las partes “convienen por medio de los hechos”[de cada caso], lo que es una que es una investigación profunda del contexto. Ver sección 1-203 del C.C.U.

[NR13]: El autor se refiere a la sección 1-203(a) del C.C.U. que establece:

§ 1-203. Lease Distinguished from Security Interest

(a) Whether a transaction in the form of a lease creates a lease or security interest is determined by the facts of each case.

64 Ver generalmente *Klocek v. Gateway Inc.* 104 F. Supp. 2d 1337-38 (D. Kan. 2000).

65 Ver notas pie de página 10-30 y texto que complementan.

66 Ver Hillman & Rachlinski, nota pie de página 25, en 461-63.

tribunales se centrasen en si el término era irracional, procedimental o sustancialmente [NR14]. Con relación a la irracionalidad procedimental, el método de Gateway de enviar las condiciones con la entrega de la mercancía no es raro⁶⁷, es eficiente en costos⁶⁸ y parecido a muchos otros tipos de condiciones de transacciones en que los términos contractuales se conocen después de la entrega de mercancía, incluyendo seguros y boletos de viaje.⁶⁹ Easterbrook acertadamente señala la insensatez y el despilfarro de exigir a los agentes de Gateway a leer las condiciones por teléfono debido a la gran improbabilidad de que los Hills o cualquier otro pudiera entender o incluso escuchar las condiciones⁷⁰. Además, otras alternativas del vendedor, como el envío sólo después de recibir firmado el contrato, son también engorrosas y generan pérdidas de tiempo, especialmente a la luz del error de los consumidores de no leer las condiciones de su contrato⁷¹. Puesto sencillamente, los consumidores desean convenientemente ordenar productos vía telefónica o este método de publicidad no existiría. Finalmente, no debería ser olvidado que Gateway ofrece a los consumidores treinta días para leer los términos y regresar el computador si es que no les satisface. Este procedimiento permite a los consumidores estudiar las condiciones de su contrato en la quietud de sus propios hogares, libres de limitación de tiempo y de la presión de los agentes de venta en las compras en tiendas importantes⁷². De hecho, no conozco a alguien que argumente persuasivamente que el método de hacer negocios de Gateway es irracional procedimentalmente [NR15] y, por lo tanto, debería ser prohibido.

En general, las condiciones sobre arbitraje tampoco son sustancialmente irracionales [NR16], al menos en la medida que el ambiente legal las favorezca como un mecanismo de solución de controversias. Como un autor ha señalado, “es difícil argumentar que la cláusula arbitral es en sí misma sustancialmente irracional, dado que el Congreso ha declarado que la política nacional la favorece”⁷³.

A pesar de la actual buena posición del arbitraje, las cortes deberían estar dispuestas a intervenir cuando los hechos sugieren ruptura o injusticia en una cláusula de arbitraje y, por tanto, su sustancial irracionalidad. De hecho, las cortes han hecho eso precisamente lo que en los casos de “contratos rodantes”. Por ejemplo, en *Brower v. Gateway 2000, Inc.*,⁷⁴ la Corte siguió el análisis de formación del contrato que hubo en *Hill v. Gateway* y sostuvo que las condiciones de contratación llegaron a ser parte del contrato. Sin embargo, la Corte también encontró que la cláusula de arbitraje de Gateway era sustancialmente irracional porque favorecía irrazonablemente a Gateway⁷⁵. Aunque el Tribunal aprobó el requisito del arbitraje en Chicago de la cláusula arbitral antes que el arbitraje en la CCI (Cámara de Comercio Internacional), la disposición también obligó a Brower a pagar “costos excesivos” que “seguramente (servirían) para disuadir a los consumidores individuales de invocar el proceso”⁷⁶. Adicionalmente, “impedido de recurrir a los Tribunales por la cláusula de arbitraje en primera instancia, la designación de un foro financieramente prohibido, prohíbe efectivamente a los consumidores el recurso al mismo foro arbitral; por lo tanto, los consumidores son dejados absolutamente sin ningún foro en donde resolver una disputa.”⁷⁷

Conclusión

En resumen, los “contratos rodantes”, tal como se han descrito en precedencia, no deben tratarse de manera diferente a otros contratos. Las presunciones de derecho vigente relativas al “consentimiento general” y la supervisión de la mala conducta del vendedor permiten una eficiente y razonable presentación de las condiciones contractuales en los contratos estandarizados celebrados de modo tradicional y en los contratos rodantes.

La única diferencia entre los contratos rodantes y las paradigmáticas transacciones estandarizadas es si los consumidores tienen la oportunidad de leer las condiciones antes o después de realizar el pago y de

[NR14] Ver diferencias entre ambas en [NR3]

67 *Hill v. Gateway 2000, Inc.*, 105 F.3d 1147, 1149 (7mo Cir. 1997)

68 *Ver ProCD, Inc v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447, 1451 (7mo Cir. 1996).

Advertir desde el exterior, condiciones en el interior, y un derecho a devolver el software para la restitución de lo pagado si las condiciones son inaceptables (un derecho que la licencia expresamente contiene), puede ser el medio válido de hacer negocios para compradores y vendedores. Igualmente. Ver E. Allan Farnsworth, 1 *Farnsworth on Contracts* 4.26 (1990); *Restatement (2d) of Contracts* 211 comenta a (1981) (“La estandarización de acuerdos cumple las mismas funciones que la estandarización de productos y servicios; ambos son esenciales para un sistema de producción y distribución en masa...”).

69 *Hill*, 105 F.3d en 1149

70 *Ver id.*

71 *Ver, e.g., Gateway Thread*, nota pie de página 53, en 1165 (enunciado de Kenneth C. Kettering). Tal vez en el futuro cercano cada uno tendrá un fácil acceso a Internet y los vendedores como Gateway podrán simplemente publicar sus condiciones.

72 *Ver generalmente Hillman y Rachlinski*, nota 25, en 447-50 (discutiendo presiones sociales sobre los consumidores para no leer o discutir condiciones).

[NR15] *Ver nota [NR3]*

[NR16] *Ver nota [NR3]*

73 *Gateway Thread*, nota pie de página 53, en 1172 (opinión of Franklin G. Snyder); *ver 9 U.S.C. & Supp. V* (1999)

74 676 N.Y.S.2d 569, 572 (App. Div.1998)

75 *Id.* En 574.

76 *Id.*

77 *Id.*

la entrega de los productos. Un buen argumento que se puede esbozar, en todo caso, es la oportunidad que tienen de leer las condiciones en casa que genera más de una razón para hacer cumplir las condiciones en el contexto del contrato rodante.⁷⁸ Pero, si los consumidores generalmente no leen las condiciones bajo ninguna circunstancia, el momento concreto en el que podrían haberlo hecho no debería determinar el tratamiento legal aplicable.⁷⁹ Los consumidores comprarán los computadores Gateway e ignorarán las condiciones, independientemente de si tienen la oportunidad de verlas antes o después de que el computador sea entregado.

Sin duda, Gateway y otros vendedores en una situación similar cuentan con pocos consumidores que se toman el tiempo o se dan la molestia y asumen los gastos de devolver los productos incluso si ellos leen la forma y descubren disposiciones que no les gustan.⁸⁰ Aunque moleste, los costos de devolución raramente serán significativos. En consecuencia, si los consumidores que leen las condiciones no devuelven los productos, eso debe significar que ellos no valoran mucho el costo de las condiciones.⁸¹ Como indicó el Dr. White "(el) costo de (inesperadas) ... condiciones contractuales para el destinatario de la oferta [el consumidor] no puede exceder el costo en que dicho receptor incurrirá para rechazar la oferta, o algo más que el mismo destinatario rechazaría"⁸².

Vale la pena repetir que aunque el consumidor lea las condiciones y mantenga consigo el producto, no tendrá que someterse a condiciones abusivas.

Los críticos de los contratos rodantes deben tener dos preocupaciones adicionales a partir del análisis del presente artículo. Primero, tal vez ellos estén intranquilos acerca de la adecuación de la política de la actual ley sobre las condiciones contractuales estandarizadas irracionales. Si esa es su preocupación, deberían gastar sus energías instando a los legisladores a reforzar la protección contra la irracionalidad y la sección 211(3) del Restatement (Second) [NR17], no

participando en un debate con un callejón sin salida acerca de cuando se formó el contrato.

Segundo, tal vez los críticos creen que los consumidores deberían estar habilitados para iniciar acciones colectivas [class actions] para unir sus más mínimas quejas que de otro modo no podrían ser escuchadas por los costos de formular quejas individualmente. Acuerdos exigibles para arbitrar tal clase de acciones en circuitos breves⁸³. Si esa es su preocupación, los críticos deberían pelear para convencer a los legisladores a revertir la política nacional a favor del arbitraje, al menos en el contexto de los consumidores, y hacer que las cláusulas de arbitraje sean inexigibles en los contratos de los consumidores⁸⁴. En caso de éxito, y si los costos del arbitraje para los consumidores realmente superan los beneficios, esta estrategia servirá no sólo a los consumidores envueltos en contratos rodantes, sino también a todos los consumidores que son parte de contratos bajo otras modalidades de contratos estandarizados.

APÉNDICE

Contratos- Profesor Hillman

(Preguntas 1 y 2 se basan en el siguiente escenario) Usted ve un anuncio en un periódico de un equipo determinado a un precio determinado de una empresa seria, Gateway 2000, Inc. El anuncio indica que el equipo viene con un conjunto de condiciones contractuales en el paquete. Usted llama al número de teléfono proporcionado y ordena una computadora. Usted da al agente del vendedor su número de tarjeta de crédito. Gateway le envía el equipo. Usted recibe la computadora en una caja y abre el paquete. Puedes encontrar un conjunto de términos dentro del paquete. Así, encuentra un conjunto de términos contractuales dentro del paquete que tratan, entre otras cosas, de la calidad prometida de la mercadería y sobre sus derechos si la mercancía es defectuosa. Otra condición general de contratación le permite devolver

78 Ver Hillman & Rachlinski, nota pie de página 25, en 480.

79 El profesor Kenneth Kettering indicó lo siguiente: "Lo principal sobre el proceso por el cual los términos son comunicados al comprador ante que éste tome la última decisión acerca de si consume la compra, me parece, en última instancia, un señuelo.... En muchos casos los compradores no se molestarán en leer o profundizar acerca del significado de los términos." Gateway Thread, nota 53, de 1165 (opinión de Kenneth C. Kettering) (citas omitidas).

80 Ver Matthew J. Smith, Comment, An Overview of the Uniform Computer Information Transactions Act: Warranties, Self-Help, and Contracts Formation – Why UCITA Should be Renamed "The Licensors' Protection Act", 25 S. Ill. U.L.J. 389,399 (2001)

81 Por supuesto estos consumidores deben ser bastante optimistas que nada saldrá mal. Ver Hillman & Rachlinski, nota 25, de 452-54. Pero esa es una de las razones del porque las Cortes tienen el poder de dejar sin efecto una condición abusiva.

82 James J. White, Autistic Contracts, 45 Wayne L. Rev. 1693, 1717 (2000). White también indica que el ahorro para los negocios ventilados en las Cortes para honrar los términos de los contratos rodantes superan ampliamente el coste de la devolución de mercancías, principalmente porque los costos de devolución son bajos y pocos consumidores quieren hacer uso del derecho de devolución. Id. En 1719-20.

[NR17] Ver nota [NR4] así como el mismo Restatement (Second) of Contracts, Section 211(3), que establece:
§211. STANDARDIZED AGREEMENTS

(1) Except as stated in Subsection (3), where a party to an agreement signs or otherwise manifests assent to a writing and has reason to believe that like writings are regularly used to embody terms of agreements of the same type, he adopts the writing as an integrated agreement with respect to the terms included in the writing.

(2) Such a writing is interpreted wherever reasonable as treating alike all those similarly situated, without regard to their knowledge or understanding of the standard terms of the writing.

(3) Where the other party has reason to believe that the party manifesting such assent would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement.

83 Gateway Thread, nota pie de página 53, en 1167 (opinión de Jean Braucher)

84 Id.

el equipo dentro de 30 días en cuyo caso obtendrá el reembolso completo. Ud. conserva el equipo durante más de 30 días.

1. ¿Cree Ud. haber celebrado un contrato exigible con Gateway 2000, Inc.?

Sí 99 No 3

2. Si usted cree tener un contrato exigible, cuándo se ha formado?

- a. Cuando Ud. llama Gateway 0
- b. Cuando Ud. ordenó el producto 11
- c. Cuando Ud. da su información de tarjeta de crédito 25
- d. Cuando Gateway despachó la computadora 6
- e. Cuando Ud. recibe el equipo empaquetado 20
- f. Al abrir el paquete y encuentra que existen condiciones de contratación 14
- g. Cuando Ud. tiene oportunidad de leer las condiciones de contratación 3
- h. Cuando empiece a utilizar la computadora 4
- i. 30 días después de recibir el equipo 15

(Para las siguientes preguntas 3 a 7, suponga que Ud. ha adquirido la mercadería que incluye los términos contractuales estandarizados y que regulan, la calidad prometida de los bienes y sus derechos si la mercancía es defectuosa).

3. Como cuestión general, cuando las mercancías le son entregadas, Ud. lee los términos contractuales incluidos en el paquete antes de utilizar la mercancía?

Sí 24 No 76

4. ¿Ud. espera estar legalmente obligado a los términos contractuales empaquetados?

Sí 88 No 15

5. ¿Ud. espera que el vendedor esté atento del producto por si algo sale mal?

Sí 98 No 5

6. ¿Ud. espera que el vendedor esté atento del producto incluso si los términos contractuales estandarizados señalan que el vendedor no será responsable?

Sí 39 No 64

7. ¿Espera Ud. que la ley lo proteja de cualquier condición contractual opresiva (altamente abusiva) al negarse a cumplirlas?

Sí 78 No 25

8. ¿Cree usted que algunos competidores ofrecen mejores condiciones que otros?

Sí 93 No 9

9. ¿Ud. indaga antes de hacer una compra, buscando las mejores condiciones contractuales (aparte del precio)?

Sí 41 No 60