

Racionalización y Derecho privado (*)

A

I

Debería ser ya momento de ocuparse con más general alcance de la importancia que la racionalización, y, en concreto, una de sus consecuencias, la automatización, tienen para el Derecho privado, y obtener así una visión de conjunto de los múltiples problemas que este fenómeno, característico e informador de nuestro tiempo, ha puesto sobre el tapete (1). En la primera parte de nuestro trabajo, la confrontación de racionalización y Derecho privado nos planteará el problema de las *repercusiones en el Derecho privado*, en particular para la aplicación del Derecho, de la racionalización de los procesos económicos y administrativos. Abarca, pues, el examen del estado jurídico y legal de los métodos de racionalización y de sus resultados, cuya situación de hecho nos permitirá inducir ciertas enseñanzas.

En una segunda parte se dirá, primero, algo sobre la *racionalización del Derecho privado mismo*; hay en este campo más trabajos preliminares y, a primera vista, menos actualidad científica. Pero esta segunda parte también nos situará ante el apasionante

(*) Publicado en la revista *Archiv fuer die Civilistische Praxis*, marzo, 1966. Traducción: Aurora Huber Robert, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

(1) Me han inducido a acometer esta tarea los análisis que inició sobre todo ZEIDLER: *Ueber die Technisierung der Verwaltung*, 1959; del mismo autor, *Verwaltungsfabrikat y Gefaehrungshaftung*, DVBl. 1959, págs. 681 y sigs., y BULL: *Verwaltung durch Maschinen*, Hamburgo, 1963.

problema del ámbito en que eventualmente pueden hallar aplicación *máquinas automáticas para la elaboración del Derecho*, entendida ésta en su más amplio sentido.

Los riesgos que amenazan a un análisis jurídico de tema tan amplio y general son evidentes, como lo son los que dependen de la *actualidad y sustancia sociológico-política* (2) de los problemas acotados. Sólo, previa una rigurosa selección, cabe, pues, asomarse a las distintas situaciones, en sus aspectos varios, esforzándose en considerarlas con cierta «frialidad» (de esta forma, problemas que han sido objeto de amplia literatura pueden tratarse, sencillamente, como nuevos).

El tema pertenece, al igual que ocurre con muchas cuestiones parecidas, tanto a nuestra disciplina como a la *Teoría general del Derecho*. Son inevitables ciertas ligeras incursiones en el campo de la filosofía del Derecho. Las cuestiones previas de índole técnico-económico-matemática no nos llevarán, sin embargo, a replantear el pensamiento de las ciencias naturales dentro de la ciencia del Derecho, aun cuando volveremos a tropezar con este problema. La legislación se ocupa sólo ocasionalmente de la materia; así, por ejemplo, en las disposiciones sobre rendición de cuentas de las Sociedades Anónimas, o en la Ley de Reforma del Código de Comercio y del Sistema Tributario de 2 de agosto de 1965 (3), pero nunca a fondo y de forma expresa, del fenómeno de la racionalización.

Quisiera cerrar este brevísimo preámbulo con la personal aclaración de que, desde luego, me consta que ciertas experiencias prácticas no son ni pueden ser excusa en ningún caso.

II

El análisis de la repercusión que sobre el Derecho privado tiene la racionalización, en sentido amplio, y el estudio de su legalidad

(2) Consúltese, por ejemplo, *Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände*, "Sozialpolitische Auswirkungen der Automation", 2.^a edición, Colonia, 1958; *Wirtschaftswissenschaftliches Institut der Gewerkschaften*, *Rationalisierung und Arbeitnehmerschaft, Entwurf einer Stellungnahme*, Colonia, 1950; consúltese asimismo "Die Welt", Nr. 229, artículo *Betrieb und Beruf*.

(3) BGBl. I, pág. 665.

exigen que, en primer lugar, nos detengamos en el fenómeno de la racionalización en sí misma considerada, por más que debamos hacerlo con toda brevedad.

Se entiende por *racionalización* «el conjunto de medidas metodicas y, por tanto, racionalmente ordenadas al logro de rendimientos, con menor esfuerzo, gasto y tiempo que bajo anteriores condiciones» (4). El concepto, cuya precisión ofrece serias dificultades en el campo de la economía política, ha anclado como centro fundamental en la economía de las empresas. Es bien sabido que el punto de partida lo representa TAYLOR, a fines del pasado siglo, con sus estudios sobre el trabajo y la idea de la dirección científica de la Empresa. El simbolo, la producción en cadena, aplicada por primera vez en los mataderos de Chicago. La idea habria de difundirse a través de la legislación más reciente de los países de Europa occidental, sobre protección profesional e industrial, también ante propuestas de racionalización. Problema éste, acerca del cual se medita también, en todo caso, en nuestro país para los programas de los *computadores* (5).

Tres corrientes de pensamiento caracterizan la racionalización: la que se refiere a la simplificación del trabajo, la que se constriñe a la supresión de pérdidas por mejora de los grados de eficacia y rendimiento y, finalmente, la relativa a la puesta en servicio de máquinas y aparatos, es decir, la *mecanización*. (La primera aco-tación sistemática de este campo puede encontrarse en el *Handbuch der Rationalisierung*, publicado por el Reichskuratorium fuer Wirtschaftlichkeit, 1.ª edición, 1929). Se habla de *autómatas* cuando estas máquinas, puestas en movimiento, desarrollan sus funciones por sí solas. Se entiende por *automatización* la racionalización mediante el uso y empleo permanente de autómatas (6). En este sentido cabe decir que vivimos en la época de la automati-

(4) KUNZE: *Rationalisierung in HdB*, tomo 3.º, Stuttgart, 1960; véase *Rationalisierung in HdSW*, tomo 8.º, Stuttgart-Tuebingen-Goettingen, 1964.

(5) Véase KARZAROV: GRUR, edición 1959, 221 y sgts., 225; anónimo GRUR, edición 1959 y siguiente.

(6) Automación ("Automation") es un estado; automatización ("Automatisierung"), una actividad; BULL: Ob. cit. (N. 1), pág. 49; el concepto lo introdujo DIEBOLD: *The Advent of the Automatic Factory*, Nueva York, 1952. NOTA DEL TRADUCTOR: Es de hacer notar que el texto habla siempre de "Automation", que hemos traducido por "automatización" y no por "automación", ya que parece comúnmente admitido en nuestro idioma aquel término.

zación, inmersos en sus discutidas consecuencias económicas, sociales y políticas (7).

Ante esta circunstancia, queda claro que el tema que nos ocupa es mucho más reducido que aquél de la confrontación entre *Derecho y técnica*, sobre que versó la lección pronunciada por HANS HUBER en su toma de posesión como Rector en Berna (8), y que constituye el estudio más conocido en la materia. No obstante, son también dignas de mención las posiciones de FORSTHOFF, OFTINGER y RITSCHL en un volumen mixto, de muy reciente aparición, editado por Hans Freyer y Weippert (9). En todo caso, la racionalización por medios técnicos abarca tan extenso ámbito, que también aquí resulta aplicable mucho de lo que se ha dicho en general respecto a la relación entre Derecho y Técnica.

Todavía hemos de hacer una segunda observación: según la doctrina económica, no toda mecanización que se procura con fines de racionalización puede, de hecho, considerarse necesariamente como tal. En efecto, a menudo surgen, frente a un ahorro en salarios, costes más elevados o bien excesos de capacidad (10). El examen jurídico que sigue deja abiertos estos problemas científico-económicos.

En este desarrollo que el estado de la técnica ha hecho posible, resuelven los autómatas no sólo procesos mecánicos de orden inferior, como, por ejemplo, los que puede efectuar un torno, sino incluso otros de superior condición, tales, la conducción automática de telefonemas. La línea que delimita mecanización y racionalización se halla, en que en este nuevo campo, la máquina no es servida por el hombre. La «última etapa» de la mecanización clásica es la máquina perforadora de fichas al viejo estilo (11). El haber hecho posible la transmisión de noticias, acumularlas y propagarlas, ha conferido al autómata, que ya se llama *computador*,

(7) Véase aquí solamente SCHELSKY: *Die sozialen Folgen der Automatisierung*, Düsseldorf-Koeln, 1957.

(8) H. HUBER: *Das Recht im technischen Zeitalter*, Berna, 1960.

(9) FREYER, WEIPPERT y otros: *Technik im technischen Zeitalter*, Düsseldorf, 1965, págs. 211 y sigts., 247 y sigts., 331 y siguientes.

(10) Véase, p. ej., LENEL: *Syndikate als Mittel der Rationalisierung*, en "JB fuer Nationaloekonomie und Statistik", tomo 175 (1963), 115.

(11) BULL: Ob. cit. (N. 1), pág. 49; véase *System der Abstufungen des Niveaus der Mechanisierung*, de BELLINGER, *Das Problem der Automation*; Jornadas Universitarias 1965, "Wissenschaft und Planung", Berlín, 1965; págs. 81 y siguientes.

una capacidad hasta ahora reservada exclusivamente al cerebro humano. Como es sabido, la actividad del computador está sujeta a programas; el computador no puede tomar decisiones *sua sponte* enteramente.

Conocen, sin duda, la historieta del avisador automático de incendios que comunicó telefónicamente a los bomberos no sólo el incendio, sino incluso su localización exacta y alcance, y al que, también por teléfono, «se informa» que marque el nuevo número de los bomberos que figura en la guía de 1965. Ni una vez siquiera debería el autómatas quedar perplejo...

La *programación* (12) de máquinas suministradoras de datos —un proceso técnico-mental *sui generis*, una función clave— pertenece al campo de la *Técnica de Regulación*, cuyas manifestaciones «inferiores» son bien conocidas; por ejemplo, el regulador centrífugo o el termostato. NORBERT WIENER sintetizó en su obra *Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine*—aparecida en 1948—bajo el tecnicismo griego *Kybernetik*, procesos de mando y regulación en la técnica y en la biología. Por ello se habla de arte del piloto—que el Caronte de la Cibernética no nos transporte a la otra orilla del Estigia—, ya que el computador se autodirige, no como el piano eléctrico, simplemente por medio de un juego de plantillas, sino por la puesta en función de una serie de variables (13).

La tecnificación y la elevación del grado de división industrial del trabajo dieron lugar a especiales portavoces e incluso consorcios de racionalización, como fuerzas impulsoras de una *racionalización supertécnica*. Se cita siempre, como punto de partida al respecto, un acuerdo sobre unificación del ancho de las vías y dispositivos de enganche de los ferrocarriles del año 1846 y el módulo de los ladrillos en Alemania... Instituciones como el *Ratio-nalisierungskuratorium der deutschen Wirtschaft*, el *Normenausschuss*, el *Refa-Verband* y otras muchas caracterizan la envergadura de su desarrollo. Todas las *formas de concentración de la economía* acusan, y a menudo fuertemente, algún componente de

(12) "Elementos", véase FRIEDLER: *Rechenautomaten als Hilfsmittel der Gesetz-anwendung*, "Deutsche Rentenversicherung", 1962, págs. 149 y siguientes.

(13) PRIETSCHE: Art. *Automation*, Staatslexikon, 795 y sigts; WIESSER: Art. *Kybernetik*, en "HdSW", 54. 1965, págs. 625 y siguientes.

racionalización. La concentración es uno de los medios de elevar la eficacia técnica y económica de las empresas. El problema de los límites, control y ordenación del poder económico, que surge independientemente de que ese poder se ambicione o no en el caso concreto, aunque regulado, lo está tan sólo bajo ciertas agrupaciones parciales, sin que, desde luego, se haya resuelto ni siquiera en parte (14). *No es posible encontrar un valor límite, general y abstracto, de concentración, que aún resulte practicable* y pueda tolerar la economía de libre competencia y que, tal como se ha intentado para el Derecho sindical con el Cartel de Racionalización, sea conveniente tanto para el logro de la necesaria racionalización, como desde el punto de vista de la debida restricción del poder (15).

Frente a la racionalización supertécnica de aquellos portavoces y consorcios indicados, que carece casi siempre de cualesquiera valor político-económico, el *planeamiento* de todo el proceso económico o de algunos de sus sectores, encarna regularmente objetivos político-económicos complementarios. Prescindiendo del hecho de que, efectivamente, el planeamiento que lleva a cabo la Administración Central conduce a una planificación «leve», sólo indicativa, que se encuentra, además, en los sistemas económicos más dispares, es indiscutible que el planeamiento contiene siempre algún componente, mayor o menor, de racionalización económica «pura». Con todo y con eso, parece oportuno que, precisamente a partir de este sector, se prestara mayor atención a los nuevos estudios, que, en orden al *planeamiento* en el campo del Derecho público, incorporan, sobre todo, el volumen mixto (16) publicado por JOSEPH KAISER y también la *Kieler Diskussion der Gesellschaft fuer Rechtsvergleichung* (17).

(14) Véanse, p. ej., en el folleto-homenaje a FRANZ BOEHM, 1965, las aportaciones de DUDEN, pág. 3; ZACHER, pág. 63; BIEDENKOPF, pág. 113, y KRONSTEIN, página 137.

(15) Respondiendo a su finalidad de norma excepcional, la BKartA (1961, 199) parte de una definición más estricta de racionalización ("la mejora de las relaciones de costes y rendimientos mediante reducción de los costes específicos por unidad de producto"). Citaremos solamente a KIRSCHSTEIN-SEGELMANN: *Rationalisierungskartelle und Syndikate*, Duesseldorf, 1960; SEGELMANN: "WuW", 1964, págs 3 y sigts.; LENEL: ob. cit. (N. 10).

(16) KAISER: "Planung", I, *Recht und Politik der Planung in Wirtschaft und Gesellschaft*, Baden-Baden, 1965.

(17) Véase, p. ej., también OULES: *Les Raisons de la Planification Economique au Niveau Europeen*, homenaje a RIESE, 1964, págs. 111 y sigts. Respecto a

El encuentro con el fenómeno de la racionalización, con las categorías fundamentales de ésta, que abarca la ciencia de la economía, nos trae a la memoria los problemas que se planteó el «Wuerzburger Kolloquium fuer Sozialpolitik», que tuvo por objeto, entre otros temas, el de *la relación entre ciencia de la economía y ciencia del Derecho* (18). Esta exposición suministra material sobrado para una consideración de aquel debate (19), en cuyas ideas, sin embargo, no podemos extendernos aquí por mucho que a ello nos alienten las palabras de ERICH SCHNEIDER «hay cambios en el mundo de la economía que obligan a cambios en el mundo del Derecho» (20). Por lo demás, debe bastarnos con una remisión a las aportaciones de BALLERSTEDT (21), COING (22), MESTMAECKER (23) y RAISER (24), las que permiten soslayar los riesgos de una determinada mentalidad, con que en ocasiones se tropieza en la práctica, y a la que peyorativamente quisiera designar como «Derecho de la economía de las empresas».

B

En la segunda parte del trabajo, los resultados de los *procesos de racionalización*, en sentido económico-industrial, *se ponen en relación con el Derecho privado vigente y se valoran* en función del mismo, pues sólo por vía inductiva cabe lograr una cierta base de valoración. También sólo de esta forma hallan adecuado impulso la evolución del Derecho y la regulación legal. Es difícil elegir los prototipos de racionalización, dada la extensión de todo el complejo; se proponen ejemplos, tanto para simples proyectos organizativos de racionalización como para la racionalización por

Francia, véase FRISCH: *Atomzeitalter*, 1965, págs. 259 y sigts.; IPSSEN: *Planung in Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, en Jornadas Universitarias 1965, ob. cit. (N. 12), págs. 231 y sigts. Allí también WENGLER, págs. 175 y siguientes; THALHEIM, págs. 187 y siguientes.

(18) RAISER-SAUERMANN-SCHNEIDER: *Das Verhaeltnis der Wirtschafts-wissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik*, Berlín, 1964.

(19) Véase también mi aportación al homenaje a NIPPERDAY, 2.º tomo, 1965, páginas 687 y siguientes.

(20) RAISER-SAUERMANN-SCHNEIDER: Ob. cit. (N. 18), pág. 217.

(21) Obra citada (N. 18), págs. 120 y siguientes.

(22) Obra citada (N. 18), págs. 1 y siguientes.

(23) Obra citada (N. 18), págs. 103 y siguientes.

(24) Obra citada (N. 18), págs. 51 y siguientes.

mecanización y automatización. Se omiten intencionadamente importantes sectores; así, los problemas de derecho constitucional del trabajo y de la industria que de la racionalización derivan (25).

I

Nos encontramos de entrada con la llamada *firma facsimil* o estampilla, un sencillo medio de racionalización que ha alcanzado singular importancia cuando las máquinas escriben y redactan.

Según el sentir de la jurisprudencia (26), la estampilla es insuficiente por imperativo de la *forma legalmente prescrita* (parágrafo 126 BGB). La amplísima interpretación que desde el principio se dio a las palabras «en base a liquidación» del parágrafo 782 del BGB y la aplicación de este precepto a toda comprobación de cuentas (27), incluso a las no comprendidas dentro del ámbito del parágrafo 350 del HGB, ha conferido gran libertad formal a la cuenta corriente. Aquí ni siquiera surge el problema del facsimil.

Tratará de él, sin embargo, como requisito formal atenuado frente a la forma escrita legal, el parágrafo 793, apartado 2.º, párrafo segundo del BGB, para las *obligaciones al portador*; así, pues, el legislador del BGB tuvo ya en cuenta a este respecto la idea racionalizadora. A tenor del parágrafo 807 del BGB, no tiene aplicación el precepto indicado para los «pequeños» *efectos al portador*, de modo que no se precisa en este caso ni firma ni tampoco estampilla. En cuanto a los *efectos a la orden*, la cuestión se debatió hace ya mucho tiempo (28), con el resultado de estimarse insuficiente el facsimil. Ello no obstante, la estampilla se ha impuesto ampliamente en la práctica y no sólo para los títulos abstractos de obligaciones mercantiles, lo que encontraría apoyo en el parágrafo 350 del BGB, sino incluso para los causales. Pretender fundamentar la validez de estos efectos, como hacen DUE-

(25) En este punto, sobre todo, GAUL: *Rechtsprobleme der Rationalisierung*, 1961.

(26) RG, JW 1900, 469; RGZ 74, 339; HRR 1933, 1326; RGZ 76, 193; STAUINGER-COING: BGB, 11 edición, 1957, parágrafo 126, 8; ERMAN-WESTERNMANN: BGB, 3, edición 1962, parágrafo 126, 3; respecto a las características de la firma, BGH, BB 1960, 305.

(27) Véase aquí también BGB-RGRK (KUHN), 11 edición, 1960, parágrafo 782, 2.

(28) RGZ 74, 339; LOEHR: DJZ 1911, 78; en contra, HANCKE: DJZ 1902, 549.

RINGER-HACHENBURG (29) y V. GODIN (30) en un uso de comercio, parece, desde el punto de vista de la teoría del Derecho, desde luego, poco consistente, como lo es el argumento de la buena fe. Podría más bien acudirse a una interpretación analógica del párrafo 793, apartado 2.º, párrafo segundo del BGB (31), sobre todo, estableciendo un ulterior paralelismo con las obligaciones a la orden, en base al párrafo 808 del BGB, en todo caso, para efectos librados como emisión completa o partes de la misma. El párrafo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas, que reproduce el párrafo 793, párrafo segundo, del BGB y que no ha sido modificado en la reforma, ofrece también un tercer punto de vista en orden a una analogía jurídica.

La *letra de cambio* (32) y el *cheque* exigen, por su alto grado de formalismo, la firma puesta de puño y letra. De todos modos, no es infrecuente tropezar con una «forma degenerada» del cheque hecho efectivo, aún con firma estampillada. Según SPRENGER (33), el cheque nulo se entiende transformado en una orden verbal unida a la promesa de garantía del librador de que el cheque será abonado. En la mayoría de los casos, subyace al «cheque» firmado con estampilla un acuerdo básico con un instituto de crédito, a tenor del cual, la denominación de cheque debe inutilizarse con el término «abonaré».

Si seguimos descendiendo por la escala de los títulos-valores, en sentido amplio, no tropezamos con problemas dignos de mención dentro del nada uniforme grupo de *efectos comprendidos en el párrafo 808 del BGB*, para los que no se prescribe la firma. Hay ciertamente algún grupo de efectos, como los billetes de lotería, en que (sin ser requisito de Derecho civil) se utiliza la firma fac-símil. En cambio, el *recibo* crea ciertas dificultades; se da aquí una especial exigencia de racionalización que satisface la máquina de calcular. El derecho a la entrega de recibo, al configurarse en el

(29) HGB, 3.ª edición, 1932, párrafo 363.

(30) HGB-RGRK, 2.ª edición, 1963, párrafo 363, 22, párrf. 2.

(31) En 1910 el RG (RGZ 74. 341) ni siquiera la intentó; con cierta reserva, NEUMANN: BB 1957, 445 y siguiente; por el contrario, muy avanzado, WUESTEN-DOERFER: *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, tomo 4.º, 1929, páginas 191 y siguiente.

(32) OLG Nuernberg, NJW, 1961, 1777.

(33) MDR 1958, 553; BAUMBACH-HEFERMEHL: *WechselG und ScheckG*, 7.ª edición 1962, art. 1.º, SchG 5.

parágrafo 368 del BGB como simple facultad a instancia del deudor (34), sólo entra en juego cuando éste solicita «reconocimiento escrito de la entrega». Pero esta facultad también se reconoce para los pequeños negocios de la vida diaria y no será, por tanto, fácil prescindir de una disposición como la contenida en el parágrafo 368 del BGB. Desde el punto de vista racionalizador, el parágrafo 369 del BGB, al cargar los gastos del recibo sobre el deudor, entraña más bien un inconveniente. Que los redactores del BGB han pensado siempre en el recibo escrito, en el sentido del parágrafo 126, es algo que resulta también de la discutible presunción fundada en el parágrafo 370, sobre legitimación del portador del recibo para recibir la prestación (35).

El carácter especial del *contrato de seguro*, como contrato de adhesión, lo tiene en cuenta el proyecto de 1939 del VVG, en cuanto estima suficiente la firma facsímil para la póliza (§ 3.º, apartado 1.º, VVG), y también para el apremio y concesión de plazo de favor, por retraso en el pago de las primas (§ 39, apartado 1.º, VVG). De otra parte, el parágrafo 43, número 4, VVG amplía en favor del agente de seguros el contenido de la presunción de poder resultante del parágrafo 370 del BGB; también en este caso basta la estampilla del agente en el recibo de la prima (36). Queda, por lo demás, mucho que discutir respecto a los distintos supuestos de forma escrita legal que el Derecho de los contratos de seguros plantea (37); pero sólo tiene verdadera importancia, en el caso del parágrafo 39 del VVG, si cabe suscribir con estampilla, aparte del apremio y la concesión de plazo de favor, también la denuncia del contrato por falta de pago dentro del plazo convenido, que prevén normalmente las cláusulas contractuales (38).

La premisa de que la firma fundada en un contrato equivale

(34) Véase PALANDT-DANCKELMANN: BGB, 24 edición, 1965, parágrafo 368, 3.

(35) En este punto, p. ej., REIMER SCHMIDT en *Soergel-Siebert*, BGB, 9.ª edición, 1959; 9, 370, 1.

(36) Particularidades en BRUCK-MOELLER: VVG, 8.ª edición, 1961, párrafos 43, 21.

(37) Véase, p. ej., la controversia en torno a parágrafo 5, párr. 2 del VVG entre PROELSE: VVG, 15 edición, 1965, parágrafo 5, 7; BRUCK-MOELLER, parágrafo 5, 10, y también BROCHMANN: VersR 1963, 1110.

(38) Así, DOERSTLING: *Die Unterzeichnung der Erklärungen des Versicherten*, Hamburgo, 1948, págs. 5 y sigts.; OLG Frankfurt, VersG 1962, 777; BRUCK-MOELLER, parágrafo 39, 41, 47; en contra, PROELSS, parágrafo 39, 5; parágrafo 34a, 4; THEES, VallmZ 1940, 163; DJustiz 1940, anexo al Nr. 3, 9

a la legalmente prescrita, no encuentra apoyo en el Derecho vigente; es sabido que el parágrafo 127 del BGB establece una regla de interpretación mucho menos rigurosa para la *firma en base a contrato*, que, en cualquier caso, sólo de forma mediata respalda la tesis sustentada por la jurisprudencia (39) y por la doctrina (40) de que «en casos en que—ante declaraciones de voluntad negociales idénticas, a dirigir a un gran número de sujetos—la firma por reproducción mecánica del nombre sea usual en el tráfico, debe reputarse, como regla general, que ésta es suficiente en el sentido de la voluntad de las partes, aun cuando la ley exija el requisito de una determinada forma escrita» (41). (Cuando se da este supuesto, y en contra de la teoría de THEES y PROELSS, no cabe, en opinión del deudor, oponer nada, en base al parágrafo 34 del VVG, a la sustitución sistemática de la firma ológrafa en los casos de contratación masiva, cuya forma escrita previene el AVB.) (42).

Estas consideraciones, que intencionadamente hemos expuesto al detalle, vienen a demostrar que la idea de racionalización obliga a que, *dentro del derecho en vigor*, tengan que reconocerse *con gran amplitud las firmas en facsimil*, con la importante consecuencia de que el que se encargue una estampilla deba responder, sin limitación, conforme a la doctrina que también rige en Derecho privado sobre el poder simulado o consentido, del abuso de éste. Es indudable que el legislador no puede perder de vista esta posibilidad que resulta de la racionalización.

II

Lo mismo que ocurría en el caso de la firma facsimil, también en los fenómenos que pasamos a considerar a continuación se antepone a la tecnificación la *idea organizadora, propia de la racionalización*.

(39) RGZ 106, 332; 125, 74.

(40) Por ejemplo, STAUDINGER-COING, parágrafo 127, 1; FLUME, Parte general, tomo 2.º, Das Rechtsgeschaeft, 1965; pág. 259. Véase también SCHLOESSER: BB 1956, pág. 1086.

(41) STAUDINGER-COING: Obra citada.

(42) Se apunta tan sólo la cuestión de la firma ológrafa como presupuesto de eficacia de determinados actos jurídico-legales (resolución del Gr. Z. Sen. RGZ 151, 82; BGH, NJW, 1962, 1507).

Vamos a referirnos en primer lugar al llamado *leasing* (43), que se ubica muy específicamente dentro de la línea de una atomización de las actitudes ante la propiedad, típica de nuestra organización social. Si se quiere, cabe considerar propiedad de la vivienda y acciones populares, por así decir, como un desdoblamiento «vertical» de la propiedad, y el *leasing*, como su desdoblamiento «horizontal». Es fácil la asociación de ideas y relación con «la conversión en reales de los derechos de obligaciones» de DULCKEIT.

Ante el hecho de que la mecanización y la automatización condicionan el nivel de la producción y, por ello, también la elevada demanda de capital propio y ajeno a largo plazo, que en ocasiones, además, o no se consigue o sólo, bajo condiciones muy desfavorables, es evidente que el *leasing*, como modelo económico-industrial de *sustitución de capital por el arriendo de bienes de equipo*, abre una posibilidad complementaria para el incremento de la productividad. Mientras que el arrendamiento de inmuebles ha jugado siempre un importante papel en esta materia, se fija como punto de arranque de la nueva figura (del *equipment-leasing*) la resolución tomada en 1877 por la «Bell Telephone Company» de no vender, sino de alquilar sus teléfonos (44). Desde la última guerra, este contrato arrendaticio (45)—su naturaleza jurídica, pese a su denominación general, no corresponde al arrendamiento en sentido propio («Miethe»), sino al arrendamiento de uso y disfrute («Pacht»), (46), en razón al derecho de percepción de frutos—ha tomado gran incremento, también en la República Federal, como instrumento de financiación. Se trata de un contrato mixto *sui generis*, en el

(43) SHAKESPEARE: *Macbeth*, IV acto, primera escena, "Life is a lease of nature". Véase también la Lend and Lease-Policy de U. S. A. en la última guerra.

(44) Referente a la historia, GAELGEN, de *Hagenmueller*, *Leasing-Handbuch*, Frankfurt/main 1965, págs. 109 y sigts. Respecto al resto, sobre todo Institut Finanzen und Steuern, *Leasing*, cuaderno 74, Bonn, 1964; MEILICKE: BB, 1964, 691; en relación con su actual difusión en U. S. A., p. ej., "Die Welt", 1965, número 231, pág. 22.

(45) BITSCHNAU, de *Hagenmueller*, obra citada, (n.º 44), págs. 20 y siguientes.

(46) NOTA DEL TRADUCTOR: El autor parte de la distinción que hace el Código alemán entre alquiler de fundos urbanos y de cosas muebles (MIETHE) y el arrendamiento de fundos rústicos y derechos (PACHT); el último de los cuales se caracteriza, además de por la cesión del uso, por la del derecho a la percepción de frutos. La figura jurídica de que se trata aquí se asimila a esta última categoría y denomina, por ello, *Anlagepacht*.

que entran elementos del arrendamiento («Pacht»), del préstamo y de la compraventa (47).

El *leasing* contrarresta la tendencia a retardar cada vez más la renovación de capital, con lo que altera sustancialmente su duración y reduce metódicamente el activo del balance, no sólo cargando, además—teóricamente—, el riesgo del capital sobre el arrendador (complejo que, al menos en las actuales condiciones del *leasing* en Alemania, alcanza escasamente la reparación y asistencia técnica), sino, sobre todo, haciendo posible la conversión de un riesgo tan importante como es el envejecimiento de la instalación en una regulación de conjunto llena de sentido económico (48). El *leasing* se ofrece no sólo por los fabricantes como forma especial del crédito mobiliario, sino que en la República Federal, a partir de 1962, lo ofrece también un cada vez mayor número de Empresas especializadas del *leasing* que, sin ser instituciones de crédito en el sentido del KWG, trabajan, sin embargo, conforme a principios análogos. Son para la economía crediticia, en lo fundamental y en razón a la necesidad de refinanciación, tan interesantes, como importantes puedan ser los Bancos de pagos a plazos para el fabricante, en cuanto favorecen las ventas, y se presentan también como fundaciones de arrendadores que quieren constituir bienes de inversión en forma jurídica independiente. Surge una forma especial del *leasing* cuando el empresario del mismo adquiere primero, a título de compra, los bienes de equipo que pertenecían en propiedad al tomador del *leasing* y, luego, se los da en arrendamiento (*sales back leasing*).

El límite inferior de los bienes que son en la actualidad objeto de *leasing* puede estar, tal vez, representado en el valor de una máquina de escribir eléctrica. El derecho contractual del *leasing* viene determinado por la relación triangular, proveedor, empresario del *leasing*, cliente (49). Atendida la especial finalidad del

(47) En relación con las ventajas e inconvenientes en Alemania, CLAUSSEN: *Das Wertpapier*, 1963, págs. 647 y sigts.; sobre *leasing* en el tráfico rodado de mercancías, Book, 1965, pág. 715; como forma de financiación de inversiones societarias, circular 72 (1965) del Institut Finanzen und Steuern; respecto al estado actual, ODERICH: *Frankfurter Allg. Zeitg.*, 1965, número 87, pág. 15. Véase también LEMITZ, 1964, págs. 521 y sigts.; SCHAEFER: *Leasing* Bonn, 1964.

(48) Véase KAMINSKY en *Hagenmueller*, obra citada (n.º 44), págs. 63 y siguientes.

(49) Respecto al contenido del contrato, véase HAVERMANN: *Leasing, eine*

negocio, presenta pocas analogías con el derecho de arrendamiento («Pachtrecht») del BGB, del que ha tomado tan sólo la figura base. Por lo demás, tropezamos con algunos de los requisitos que derivan de la reserva del ejercicio del poder de representación, por parte del empresario del *leasing*, en este caso. La rigidez de la regulación descansa, naturalmente, en el hecho de que no existe garantía crediticia complementaria ninguna para el empresario, y en que el objeto arrendatício entra en la esfera del derecho personal del arrendatario. El esquema base de sus condiciones (50) es, más o menos, el siguiente:

Las condiciones de suministro del proveedor rigen también en la relación entre arrendador y arrendatario. El arrendatario viene regularmente facultado y compelido a ejercitar, de su cuenta y cargo y dentro del plazo previsto, los derechos que, según el contrato de compraventa, le asisten al arrendador frente al proveedor sobre la instalación por éste suministrada (51). El retraso por parte del arrendatario en el pago de la merced estipulada, por término superior al convenido, o la falta de cumplimiento de «cualesquiera otra obligación del contrato», determinan el vencimiento de todos los plazos y el derecho del arrendador a exigir su inmediato pago. La mera circunstancia de «venir esencialmente a peor fortuna», el arrendatario, le confiere a aquél este mismo derecho. Hasta el cumplimiento total, puede el arrendador en la mayoría de los casos retirar la cosa del servicio e incluso recuperar su posesión. Conforme a las actuales condiciones del *leasing*, es el arrendatario quien asume el riesgo de la pérdida y desgaste de la cosa; también él mismo, quien ha de cuidar, de su cuenta y cargo, que se le entregue en el estado que el contrato establece. Estas condiciones sólo tienen explicación, si, del otro lado del contrato, se estipulan, o una opción de compra en favor del arrendatario o regulaciones determinantes de que la cosa, finalizado el plazo del arriendo y cumplidas sus obligaciones por el arrendatario, pase al dominio de éste. Pero también se dan derechos preferentes de compra en su favor. De otra parte, otras condiciones del *leasing* prevén, a la

betriebswirtschaftliche, handels und steuerrechtliche Untersuchung, Düsseldorf, 1965, págs. 34 y sigts. El análisis jurídico está al principio.

(50) Book en *Hagenmueller*, obra citada (n.º 44), págs. 176 y siguientes.

(51) Véase FINH en *Hagenmueller*, obra citada (n.º 44), págs. 273 y siguientes.

conclusión del arrendamiento, la sustitución de la instalación vieja por otra nueva de igual valor, y la participación del arrendatario en el importe de la realización de la anterior. Finalmente, hay regulaciones en que el importe de la venta del equipo antiguo se toma en cuenta para la fijación de la merced arrendaticia en el nuevo contrato. Así, pues, la dura armadura de las condiciones contractuales se inserta en un atractivo cálculo económico, de forma que, también desde la vertiente fiscal, adquiere una gran expansión este tipo de contratación y de negocios, que descansa sobre una idea organizadora de la racionalización.

Con más claridad aún que en el caso del facsimil, muestra el *leasing* el campo de tensión entre el impulso colectivo de la racionalización y el derecho individual constitucionalmente garantizado. La declaración «sin objeciones», que es básica del *leasing* tal como se viene practicando hasta ahora en la República Federal, se refiere exclusivamente al tráfico jurídico entre comerciantes.

III

En este método inductivo de pensamiento, séame permitido exponer aún un modelo de idea organizadora de la racionalización que lleva a peculiares estructuras jurídicas y que, en forma del llamado *sistema de cargo en cuenta* («Lastschriftverfahren»), se ha impuesto en los últimos años (52). El campo del crédito se mostró pronto, a ejemplo de las Sociedades de inversión, especialmente impresionable por las ideas organizadoras de la racionalización (53).

Junto a la transferencia individual y al lado de la «rígida» orden continuada, ya generalizada en el tráfico de giro y cheque postal, ha tomado cuerpo, con carácter complementario, el sistema de carta de cargo en cuenta, dentro del que cabe distinguir

(52) Según el procedimiento practicado antes de la primera Guerra Mundial por la Reichsbank en el tráfico con autoridades del Estado y del Reich, GRZIMEK, BB 1961, 1074; también SCHOELE, ZuB 1933, 285; asimismo el sistema de cuentas del DDR sobre el tema, RUEDIGER, NJ 1953, 677; KAISER, NJ 1954, 240; GRAF, NJ 1954, 331; hacia el sistema de facturación como primera escala del sistema de carta de cargo, GRZMECK, 1961, 1076; BITTROFF, Bankbetrieb, 1962, 13; KESSLER, 1961, 1399; DAESS, 1962, 280.

(53) Más ejemplos en SCHUETZ, JZ 1961, págs. 105 y siguientes.

dos formas: el *sistema de apoderamiento de cobro* («Einzugsermaechtigungsvserfahren») y el *sistema de orden de descuento* («Abbuchungsauftragsverfahren»). En ambos casos el acreedor entrega a la entidad bancaria acreedora, al vencimiento de sus créditos, las llamadas cartas de cargo en cuenta. El Banco abona provisionalmente al acreedor en una cuenta el importe total, al tiempo que transmite las cartas de cargo a los eventuales Bancos deudores para que éstos carguen aquel importe en las cuentas de los deudores. Es decisivo el *acuerdo sobre el tráfico de cartas de cargo en cuenta* que han tomado las federaciones centrales de la industria del crédito, en representación de todos los institutos de crédito, y que ha entrado en vigor el 1 de enero de 1964 (54). No participan aún los Bancos oficiales locales, porque el Banco Federal quiere ver antes cómo se desenvuelve el sistema. El procedimiento de descuento de las oficinas de giro postal, con que es dado compararlo, presenta no pocas diferencias con este sistema de cartas de cargo en cuenta, sobre todo, porque no puede ser aplicado para ingresos por ventas o prestación de servicios. El sistema de cartas de cargo ha adquirido una expansión fuera de lo común no ya sólo en Empresas de suministro de energía, agua o en Empresas de Seguros, sino también, por ejemplo, en las que suministran artículos de marca, del ramo de la alimentación, tabacos, vinos, la medicina o la cosmética y, asimismo, en Empresas de aceites minerales y lubricantes, en relación con sus surtidores y en la Cooperativa de Consumo Edeka (55). Las contraprestaciones dinerarias son objeto de una racionalización tan acusada en estos supuestos (56), que puede hablarse de un «sinalagma automático». Es evidente que este sistema resulta apropiado, sobre todo, en épocas de buena coyuntura y buena moralidad en ambas partes contratantes; en la actualidad los cargos por devolución representan un 0,8-1,2 por 100 de las cartas de cargo entregadas (57).

(54) ENGEL: *Rechtsprobleme um das Lastschriftverfahren unter besonderer Berucksichtigung der Zahlung von Versicherungspraemien durch Lastschrift*, Diss. Hamburgo, 1965, anexo 1; GRZIMEK: *Moderne Inkassoverfahren*, Essen 1961.

(55) GRZIMEK 1962, 477; MUELLER-LOEFFELHOLZ: *Banklexikon*, 5; edición 1963. *Rechnungseinzugspapiere*.

(56) MARTIN: *Zeitschrift fuer Organisation*, 1954, 226, 2.

(57) BLOCH: VW 1962, 861; LIPFERT: *Nationaler und Internationaler Zahlungsverkehr*, Wiesbaden 1960, 54.

El análisis de las relaciones entre las partes contratantes ha de partir de los dos *contratos de cambio* celebrados, cada vez, por acreedor y deudor de la relación de valor, con su Banco o Caja de Ahorros. Del lado del *acreedor* tiene lugar una *comisión de cobro sui generis* que, en relación con el contrato de cambio, llena un lugar y cubre una función equiparable a los del cheque (58). El contrato de cambio del deudor envuelve, en cambio, la posibilidad jurídica de que sin convenio especial se adeude su cuenta por el sistema de pago con carta de cargo en cuenta. En el *sistema de apoderamiento de cobro*, ello ocurre en razón a que el acreedor recibe un poder directo para el cobro de pagos futuros (pagos periódicos, pero no necesariamente regulares en sus vencimientos ni siempre iguales en sus importes); por el *sistema de descuento*, el deudor, dentro de un contrato de cambio establecido según el párrafo 665 del BGB, da orden a su Banco de pagar cuantas cartas de cargo remita un determinado acreedor contra su cuenta corriente. El puente legal entre el Banco acreedor y el deudor (en su caso, a través de una Cámara de compensación) está constituido por el *convenio de cargo en cuenta*, en cuya virtud, en el sistema de apoderamiento de cobro, le asiste al Banco deudor frente al acreedor acción de reintegro del valor de la carta de cargo y, eventualmente, de indemnización de daños por error en la designación de la cuenta, insuficiencia de fondos en la cuenta del deudor o ulterior reclamación de éste. El Banco acreedor, que es económicamente el beneficiario del sistema, debe soportar en su relación con el Banco deudor los riesgos propios del mismo.

El apoderamiento de cobro no es, por lo demás, una orden en el sentido de los párrafos 783 y siguientes del BGB, pero sí, de hecho, un *doble apoderamiento que se le asemeja*, como por ejemplo, la carta de crédito en base a una relación comercial fiduciaria entre acreedor y deudor y constituida como mandato. Tiene también interés la especial obligación del Banco acreedor de comprobar la regularidad de las cartas de cargo, que fundamentan el abono en cuenta, «salvo buen fin», es decir, una concesión de crédito (59).

(58) ENGEL: Obra citada (n.º 53), pág. 27

(59) ENGEL: Obra citada (n.º 53), pág. 22.

De las múltiples cuestiones de Derecho contractual que plantea este sistema de carta de cargo en cuenta, se destacan ya tan sólo, la de falta de reembolso; en su caso, la de su revocación dentro de plazo por el deudor y las referentes al cumplimiento de la relación de valor. Viene aplicándose, en su actual configuración, hace escasamente dos años y, sin embargo, son muy elevadas las sumas que en total fluyen a través del sistema que, en sentido figurado, ha dado en llamarse jurídico-cibernético de estas conducciones de dinero. La necesidad o el deseo de racionalización de los acreedores, e incluso el propio deseo de estar al corriente en sus pagos, del deudor, ha determinado que muchos cuentacorrentistas a la vista mantengan ahora sus cuentas con «depósitos mínimos» más elevados que antes, por la sencilla razón de que no siguen con cuidado y la antelación debida los vencimientos e importes de los compromisos que tienen contraídos por el sistema de cargo en cuenta y, en cambio, han prometido y gozan de la confianza del acreedor de que podrá hacerse cobro, desde luego, «con cargo a la cuenta deudora y en el momento preciso del total importe» de lo adeudado. La posibilidad de combinar la idea organizadora de este sistema de cargo en cuenta con la automática constatación de la prestación del deudor y la extensión de la carta de cargo por la máquina automática de escribir culminan este modelo de racionalización, en el que es de destacar el correctivo del *derecho a su revocación que, dentro de plazo y sin alegación de causa, asiste al deudor (con eficacia «ex tunc»)*. Precisamente porque este sistema no queda restringido ni limitado al ámbito del tráfico entre comerciantes y los institutos de crédito se aferran fuertemente al indicado derecho de revocación, radica en este hecho la necesaria *garantía y respeto al derecho individual* en este negocio masivo, que si se ha hecho indispensable, aparece también plenamente justificado en esta configuración, desde un punto de vista ético-jurídico.

IV

En la introducción se habló de lo difícil que resulta, ante el caso concreto, distinguir formas «buenas» y «malas» de concentración. La idea organizadora de la racionalización que se refiere al grupo de las *cadenas de negocios* o de las *filiales voluntarias* está en la línea de los modelos de concentración y no de los dudosos, precisamente (60).

Se trata en estos casos de convenios voluntarios, establecidos para la compra y el comercio de mercancías, entre mayoristas y minoristas que son económica y jurídicamente independientes (61), pero «que, a base de renunciar voluntariamente a una parte de su capacidad económico-comercial, pretenden conseguir ventajas de la común gestión del comercio y de la propaganda» (62). Cabe distinguir cadenas y grupos; las primeras suponen una colaboración más intensa (63). Su objetivo, acercarse lo más posible a la eficacia económico-industrial de los ofertantes al por mayor sin prescindir para ello de la independencia jurídica de sus miembros y, lograrlo mediante la racionalización de las existencias, una selección del surtido de las mercancías, mediante la racionalización de los sistemas de pedido y pago, de los procedimientos de cálculo y de la propaganda. Es frecuente que los grupos centrales nacionales de los distintos convenios se organicen en centrales internacionales. La estructura jurídica de las distintas cadenas, Sindicatos o grupos, por mucho que se diferencien entre sí, está impregnada por la idea de *asociación y modificación formal* tal y como, desde un punto de vista teórico-jurídico y junto a la idea de confusión y reorganización de formas, ha sido entendida, sobre todo para el derecho de Sociedades, por HEINRICH LEHMANN (64).

(60) Respecto a la situación legal de los carteles, véase la posición del Bundeskartellamt WuW 1958, 269.

(61) SCHIERHOLT: *Freiwillige Filialbetriebe*, Diss. Hamburgo 1963, pág. 9; BILLARD: *Enquete sur le chaines volontaires*, editado por OEEC, Paris, 1950.

(62) OERTEL: *Die freiwilligen Zusammenschluesse im Lebensmittelhandel*, Muenchen, 1960.

(63) Por ejemplo, VATERRODT: *Die freiwilligen Zusammenschluesse zwischen Gross und Einzelhandlugen als Moeglichkeit der Rationalisierung im Handel*, Diss. Koeln, 1956, pág. 20.

(64) *Handelsrecht*, 2.^a parte, *Gesellschaftsrecht*, 1949, págs. 62 y sigts.; 274 y siguientes.

Diremos, describiendo uno de estos modelos, que mientras un grupo de comerciantes mayoristas, por lo general, del mismo ramo, utilizan como instrumento de mediación, propaganda y consejo, una Sociedad de responsabilidad limitada que sólo a ellos, en cuanto socios, pertenece, y se obligan, además, en el contrato social a una asistencia recíproca; de otro lado, cada uno de esos partícipes forma con el comerciante al por menor, del que es proveedor, una especie de Sociedad ideal de la que, a su vez, es presidente «nato». Tales asociaciones tienen a menudo como objeto, según sus estatutos, el fomento y promoción de los intereses de sus miembros mediante el intercambio de experiencias, el mutuo asesoramiento en medidas de propaganda y por medio de la asistencia y consulta económico-industrial. Ha habido ciertas dificultades en estos casos para valorar el fin económico como fin todavía accesorio e innocuo. El convenio aludido tiene frecuentemente sus propios signos. La forma jurídica de compañía queda relegada a un segundo plano, más por razones psicológicas, que debido a la mayor rigidez normativa propia de aquélla. La idea del «anticoncierto» voluntario y de la Sociedad Anónima como *pseudoholding* y también la de los sistemas de asociaciones centrales y locales personalmente unidas entre sí ha ejercido no sólo fascinación, sino que ha trazado económicamente un modelo de racionalización de gran rendimiento, a través de una construcción jurídica acomodada al desenvolvimiento económico-industrial, y capaz, en todo caso, de alcanzar y tal vez de sobrepasar los límites de las posibilidades de configuración tolerables por el Ordenamiento jurídico. Con esta solución se han armonizado, ordenadamente, la apertura de nuevas posibilidades de crédito en el campo del comercio al por mayor, y el objetivo de su modernización, en los negocios comerciales al por menor.

También en el caso de las cadenas y Sindicatos de negocios ha de determinarse aquel *quantum* de colectivización que los partícipes deban aguantar para respetar una «individualidad mínima» en la Sociedad de masas.

V

Nuestro examen se centra ahora en torno a los problemas jurídicos que plantean las «clásicas» *distribuidoras automáticas* en sus distintas variedades y las *tiendas de autoservicio*, incluido el *cash & carry-system*. Este subepigrafe se cierra con algunas consideraciones sobre las *casas de venta a distancia* (*Versandhaeu-tern*) (65). La inclusión de estas figuras especiales, sumamente importantes, de la compraventa viene justificada sólo con tener en cuenta que en los establecimientos de autoservicio se ha eliminado ya, por sí sola, la barrera técnica que mecánicamente requería de una previa acción por parte del comprador. En este caso predomina sobre los componentes mecánicos la idea organizadora de la racionalización.

La distribuidora automática de mercancías representa el deseado ejemplo de oferta hecha a persona indeterminada, pero determinable (66), oferta que se da y existe, sin duda ninguna, por el hecho de que la cosa «se suministra» contra su pago. Independientemente de que el comprador «deba tirar» o de que el cierre mecánico que impide el paso de la mercancía se abra automáticamente, lo cierto es que el contrato ha surgido con la introducción de la correspondiente moneda de ley. El dispositivo de parada encarna, por así decir, un derecho de revocación del comprador sin necesidad de causa grave ni responsabilidad por daños, que tiene, hasta el mismo momento del suministro. Si la mercancía no sale por causa de avería técnica, con retención de la moneda por la máquina, se estará ante un supuesto de imposibilidad, a suplir regularmente con posterioridad por el vendedor, salvo que el comprador haya visto antes que la máquina estaba vacía. Sólo podemos mencionar las particularidades que, desde luego, ofrecen las «máquinas automáticas de servicios» (relojes de aparcamiento, contadores de gas, electricidad o teléfono). En todo caso, la máquina automática «inferior» justifica plenamente la necesidad de

(65) NOTA DEL TRADUCTOR: Se trata de comercios que envían la mercancía contra pedido sobre catálogo, sin que haya mediado una relación directa y personal del comprador con la cosa que adquiere.

(66) BGB-RGRK (KRUEGER-NIELAND), párrf. 145, 2. STAUDINGER-COING, párrafo 145, 3.

una nueva construcción jurídica, en sentido conservador, pero también de que se llegue a nuevos juicios de valor. Con tal motivo se solicita comprensión bastante para que se planteen y afronten las cuestiones de Derecho privado y problemas correlativos de Derecho penal y administrativo que las nuevas figuras plantean (67, 68, 69).

En los últimos tiempos se han discutido, sobre todo, los problemas relativos a la colocación y establecimiento de máquinas automáticas (70). No han llegado a los Tribunales litigios sobre defectos o fallos en su funcionamiento, seguramente dada la escasa cuantía económica de las mercancías. Pero esta circunstancia en absoluto disminuye su interés jurídico y económico, precisamente en razón al ulterior desarrollo de la esencia de estos aparatos automáticos.

Es dado comprobar con DANCKELMANN (71) que en el *establecimiento de autoservicio* (72) la situación contractual se extiende desde su exposición en el escaparate, como oferta, a la compra al contado de las mercancías, de tal forma que el establecimiento es legalmente también un escaparate interior sin luna. Sólo se discute ya—sin mucha fuerza—la cuestión del momento en que nace el contrato de compra.

Mientras que BOEGNER (73) parte del momento en que el cliente retira la mercancía del estante para ponerla en el cesto corres-

(67) SCHMIDT, V. ROSEN, V. HMEWET y ROTHER: *Automatenrecht*, 1952; V. ROSEN, V. HOEWEL y RAUSCHENBACH: *Handbuch der deutschen Automatenwirtschaft*, 1956; KRETSCHMAR, V. EISENHART y ROTHE: *Aussenwerbung und Warenautomaten im geltenden Recht*, 1956.

(68) Por ejemplo, HIERONYMUS: NJW 1951, 825; BayObLG. NJW 1960, 1871; BVerwG, DVBl 1964, 161, 694. Las cuestiones se refieren fundamentalmente al objeto de las ventas con máquinas automáticas, la problemática legal, las especialidades de las máquinas de juegos y la disposición de las lavadoras automáticas en establecimientos y lavanderías de autoservicio.

(69) Por ejemplo, BB 1962, 663; BGH, BB 1961, 1256; BGH, NJW 1956, 1041 y 1079; BayObLG, MDR 1961, 619.

(70) Por ejemplo, OLG Frankfurt, NJW 1964, 254; OLG, Hamburgo, MDR 1964, 144; LG, Berlin, MDR 1964, 237; LG Stuttgart, NJW 1963, 1927; OLG Hamm, MDR 1963, 48; REISSFELDER: BB 1965, 19 y sigts.; DRiZ 1965, 19 y siguientes; también, por ejemplo, FRIEDRICHS: BB 1955, 231; OLG Hamm, BB 1965, 267; OLG, Duesseldorf.

(71) PALANDT-DANCKELMANN, parágrafo 145, 2.

(72) En superficies de venta de más de 500 metros cuadrados se habla, en general, de supermercados; por ejemplo, *Das Leben in Italien*, 1965, n.º 1, página 57.

(73) JR 1953, 417.

pondiente (ejecución de la elección), los demás autores que se han ocupado del problema consideran como decisivo el proceso que se desarrolla ante la caja. Se dan distintos matices y aplican giros diversos: «llevar la mercancía a caja» (74), «mostrar en caja el contenido del cesto» (75); finalmente, «presentar la mercancía a la salida (en caja) y registro de los precios» (76). Como norma, debe aceptarse este último punto de vista; es distinto el caso en que, a petición del cliente, dentro del establecimiento y antes de pasar por caja, tiene lugar una individualización particular de la compra, como, por ejemplo, cuando se corta y pesa carne especialmente para una persona. Por lo demás, los contratos celebrados en establecimientos de autoservicio son, pese a la colaboración del comprador en la elección, compras genéricas (77).

Los cambios y su misma posibilidad ofrecen particularidades en las ventas por máquinas automáticas y también en las realizadas en establecimientos de autoservicio. Mientras que en el primer caso están totalmente excluidos, rigiendo las prescripciones sobre garantía, en el segundo no se da, desde luego, una *compra a cambio*, es decir, aquel tipo de contrato no regulado en el BGB, pero que se entiende como compra no condicionada, con la facultad para el comprador de sustituir la mercancía (*facultas alternativa creditoris*) (78); y ello, porque en estos establecimientos no existe el correspondiente uso de comercio; de ahí que cualquier posible cambio del objeto adquirido quede limitado al ámbito de la mera complacencia con el cliente.

La más reciente manifestación en el desarrollo de la idea del autoservicio la constituye la figura de los llamados *grandes almacenes de despacho de mercancías* (*Abholgrossmaerkte*) del sistema *cash & carry* (79). Se trata de establecimientos de auto-

(74) PALANDT-DANCKELMANN, parágrafo 145, 1.

(75) ERMAN-HEFERMEHL, parágrafo 141, 2, 4 y sigte.: MEZGER, en *Soergel-Siebert*, parágrafo 145, 1; véase también RECKE, NJW 1953, 92; CARLSSON, JR 1954, 253; HUSCHKA, NJW 1960, 1189 y siguiente.

(76) STAUDINGER-COING, parágrafo 145, 3.

(77) También ESSER, *Schuldrecht*, 2.ª edición, 1960, pág. 143.

(78) ENNECERUS-LEHMANN, *Schuldrecht*, 15, 1958, parágrafo 115, II, 2; STAUDINGER-ORSTLER, parágrafo 495, 11; HGB-RGRK (WUERDINGER), parágrafo 373.

(79) Respecto a la situación legal de los carteles: OLG, Düsseldorf, WuW 1961, OLG, E. 380; RENTHE-FINK, BB 1961, 733; GLEISS y HOOTZ, pág. 1305; KRAHE, BGH, BB 1962, 498; WuW 1962, BGH, E. 477; MOEHRING, NJW 1963, 84, 133; también OLG, Hamburg; BB 1962, 1348. También aquí surgió el pro-

servicio para mayoristas y a nivel de comercio al por mayor. Aplican el principio de compra al contado incluso ante la sola designación de calidades (80).

Merece tan sólo atención, dentro de los múltiples métodos de la técnica de ventas, la que se realiza en los establecimientos que hemos dado en llamar *de venta a distancia* (81).

El contacto personal entre las partes contratantes, muy debilitado ya en el sistema de establecimientos de autoservicio, se sustituye aquí por un «ofrecerse» del vendedor, quien utilizando medios en gran escala, psicológicamente muy eficaces, promueve la confianza de la clientela y sus ventas en general. El contacto directo del comprador con la mercancía, la gran ventaja del comercio de autoservicio, debe ser sustituida por una representación óptima en palabras y figuras (catálogo como «escaparate en el papel»). El éxito económico-mercantil de estos negocios de venta a distancia ha de venir determinado no sólo en razón de la calidad, del precio y de los costes, sino también por el hecho de reservársele al comprador, dentro de las condiciones generales del suministro, durante cierto plazo, un derecho incondicionado al cambio (devolución) de la mercancía, y no precisa y exclusivamente en forma de compra a cambio que le obligue a sustituirla necesariamente por otra. Del ejemplo que nos brindan las condiciones generales de suministro de uno de estos grandes establecimientos surgen, no obstante, serias dificultades de interpretación (82). Rezan como sigue: «No hay obligación de compra: admitimos la devolución de cualquier artículo que no guste, siempre que se haga dentro del plazo de quince días...» y a condición de que no se haya usado y

blema del horario de cierre de los establecimientos; OLG Hamm, BB 1964, 181. En cuanto a su significación económica, véase HANDELSBLATT, 1965, n.º 181, página 9.

(80) Véase, por ejemplo, RUHBERG, art. *Einzelhandel in HdB*.

(81) Por lo que se refiere a la calificación, desde el punto de vista del derecho de libre competencia, del comercio de estos establecimientos de venta a distancia, con ayuda de comitentes, NJW 1963, 2021; MUELLER, NJW 1960, 1839; 1962, 1548; 1963, 895; FROEHLER, NJW 1963, 279; JANSSEN, NJW 1963, 620. OLG, Stuttgart. WuW 1961, 877; BGH, WuW 1962, 203, sobre el problema del derecho de los carteles y agrupación comercial, con exclusión de estos establecimientos; surgen especiales problemas de competencia (Hess, VGH, DOEV 1960, 389 y siguientes) y fiscales (BFH 1964, 571).

(82) NECKERMANN: Katalog 169, 3 vto.

se acompañe la factura (83). La construcción de una condición diferida—muy imbuida por el derecho privado—y que el parágrafo 495 del BGB configura como presunción impugnabile, no cuadra con los peculiares intereses propios de las condiciones generales de la contratación de estas casas de venta a distancia. En una interpretación razonable habrá que partir más bien de la subsistencia del contrato como regla, y sólo excepcionalmente, de su revocación, de forma que se trata, a lo sumo, de un contrato de compraventa concluido sin condiciones, aunque confiera al comprador durante un cierto plazo el derecho a apartarse de él (84).

Esta concepción viene corroborada por la respuesta a la cuestión sobre el momento de *traslación del riesgo*. No se trata aquí de una compra para su envío (85), porque el vendedor al remitir la mercancía no atiende con ello realmente un asunto o interés del comprador, conforme ocurre en el modelo del parágrafo 447 del BGB, sino que el envío es un instrumento del negocio de venta del vendedor que tiene primordial interés para él mismo. Se trata de un tipo especial de la compra contra envío, al que es de aplicación el parágrafo 446 del BGB. En mi opinión, pues, y a la vista de cuanto llevamos expuesto, la traslación del riesgo al comprador tiene lugar no al prestar su definitiva conformidad (86), como en el caso de la compra con condición suspensiva, sino desde el momento mismo de la entrega. Con esta solución se eluden las dificultades que entraña la construcción de las obligaciones, de debida diligencia del comprador desde la recepción de la mercancía hasta que transcurra el plazo del condicionamiento previsto. Confirma esta interpretación, además, la cláusula contenida en las condiciones generales del contrato, a cuyo tenor el vendedor promete (sólo) total indemnización por los daños del transporte.

Expondremos algunas ideas en torno a la *prestación de garantía*, problema éste que entresacamos entre las numerosas cuestiones jurídicas que ofrecen interés. En la compra por medio de

(83) OTTO-VERSAND: Catálogo otoño-invierno 1965-66, pág. 704; *Medaillon*, en ofertas especiales con concesión de un derecho a uso gratuito durante siete días, sin limitación del derecho de renuncia. Es interesante el sistema expuesto en *Quelle*.

(84) Véase SOERGEL-BALLERSTEDT, parágrafo 477, 10.

(85) STAUDINGER-OSTLER, parágrafo 447, 16.

(86) II, pág. 334; SOERGEL-BALLERSTEDT, parágrafo 495, 8.

máquinas automáticas, y según cual sea su construcción técnica, cabe excluir la prestación de garantía, conforme al parágrafo 460 del BGB, por el hecho de que el comprador ve, antes de la compra, la mercancía objeto de la misma. Los tres tipos de contrato de compra que hemos examinado y que se distinguen en razón a su forma de ejecución, a saber, la venta por medio de máquinas distribuidoras, en establecimientos de autoservicio, o en casas de venta a distancia, parten de un mayor grado de estandarización de las mercancías que el comercio tradicional al por menor. De ahí que no se dé prestación de garantía por diferencias de calidad dentro de los «márgenes» de exigencia a determinar por los usos del tráfico. Pero, de otra parte, en aquel caso habrían de estimarse regularmente garantizadas las características *standard* de la mercancía expuesta en primer término en los estantes, para todas las demás que se hallen en el mismo anaquel (87). Lo propio cabe decir respecto a la descripción gráfica y literaria que de las mercancías se hace en los catálogos de los establecimientos de venta a distancia. En cualquier caso, el plazo de catorce días concedido al comprador para que pueda apartarse del contrato constituye simultáneamente una barrera temporal, en la medida en que hoy día pueda establecerse eficazmente, según los criterios convertidos ya en condiciones generales de la contratación.

VI

Cuando la emisión de declaraciones de voluntad tiene lugar con intervención de máquinas, en sentido amplio, se plantea invariablemente el problema que, con cierta exageración, se califica de *responsabilidad por «error» de la máquina*. La pregunta previa de si realmente se está ante declaraciones humanas de voluntad obtiene en general una respuesta afirmativa; en efecto, le falta al computador, como ya dijimos, la facultad de tomar decisiones propias no programadas; es un instrumento del hombre (88). En un principio, ZEDLER mantuvo la opinión de que fallaba, desde

(87) Sobre la "sustitución de mercancías" en los establecimientos de autoservicio, OLG Frankfurt, BB 1964, 824.

(88) PIETSCH: Obra citada (n.º 13); BULL: Obra citada (n.º 1), pág. 69.

luego, la posibilidad de atribuir el resultado de la máquina a la persona situada detrás de ella (89).

Ejemplo: un telégrafo automático con elección programada sobre banda perforada reproduce una oferta «equivocada». Cabe aquí tal vez hallar el paralelismo más cercano en la función del *mandatario* (parágrafo 120 del BGB); pero puede también plantearse como *error en la declaración*, según el artículo 119, párrafo primero, variante 2 del BGB. Antes de tomar posición jurídica sobre el particular debe citarse aún un ejemplo de «error en el ámbito de la máquina, correlativo al error de contenido»: un computador calcula las primas anuales de seguro correspondientes, según sus concretas circunstancias, a determinada persona, capital y tiempo, e imprime el resultado como aceptación de la solicitud de seguro, pero lo hace, en el caso del ejemplo, equivocadamente. Puesto que aquí son objeto de la declaración de voluntad los elementos de cálculo (cognoscibles en el solicitante), tal error de cálculo debería determinar responsabilidad cuando fuera un ser humano quien hubiera incurrido en él (90). La *separación ficticia entre declaración y formación de la voluntad*, que contiene el parágrafo 119 del BGB—muy complicada por la ampliación que configura su párrafo segundo—, resulta, desde luego, sumamente *problemática en nuestros casos de máquinas*; ello, no obstante, aún se duda en agrupar todos los casos de declaraciones emitidas incorrectamente por máquinas, bajo la variante 2 del párrafo primero del parágrafo 119 del BGB (91). De otra parte, no se podrá avanzar lo suficiente como para recurrir al contenido del parágrafo 166 del BGB, cuyo párrafo segundo apuntaría en nuestros ejemplos a la programación. A mi juicio, una solución sólo será conforme a interés, de una parte, cuando se separen las faltas de programación como *error de motivación irrelevante* por poco común, a no ser que caigan dentro del supuesto del párrafo segundo, y de otra, cuando las equivocaciones debidas a «auténticos» fallos de la máquina se reconozcan como *casos de error en la declaración*, máxime, habida cuenta que la frecuencia de estos yerros es muy inferior

(89) ZEIDLER: Obra citada (n.º 1), págs. 15 y siguiente.

(90) Véase SOERGEL-HEFERMEHL, parágrafo 119.

(91) Corresponde a la cuestión de las “inexactitudes aparentes” en el Derecho Administrativo. BULL: Obra citada (n.º 1), pág. 144.

a la normal, si tales procesos los efectuara el hombre. Se citan siempre como causas de los fallos de las máquinas el recalentamiento y rotura de piezas, obturaciones por polvo o insectos, que la cinta de la máquina quede bloqueada y que la ficha perforada sea defectuosa. Las calculadoras electrónicas con válvulas de oscilación tienen más averías que las alimentadas por transistores; pero tampoco éstas quedan enteramente libres de fallos, aunque el sistema de controles esté extraordinariamente perfeccionado, incluso por cálculos paralelos y alambicadas pruebas de control. Habría que equiparar aquí a los fallos de máquina los de su servicio que no sean defectos de programación; por ejemplo, los debidos a perforación equivocada, a cifrado erróneo o a la introducción de datos incorrectos.

De todos modos, queda por resolver si los criterios de valoración que fundamentan hoy la aplicación del párrafo 119 del BGB responden efectivamente a la naturaleza propia de la declaración de voluntad emitida por medio de máquinas. Ante todo, cabe postular dos valoraciones radicalmente diferenciables: o bien la regulación del párrafo 119 del BGB, o que *se introduzca una posible «rectificación»* de la declaración de voluntad automática y su *sustitución* por otra elaborada individualmente (a requerimiento, dentro de plazo, del que la emite o del receptor). Conforme al Derecho vigente se requeriría la correspondiente *reserva* o condición suspensiva, posible, desde luego, en general. Han supuesto un estímulo para esta idea las resoluciones de la «Bestandkraft von Steuerbescheiden» (92) y también la práctica en materia de correcciones, en base a la correspondiente reserva de derechos, de los adeudos, mecánicamente calculados y formulados por servicio telefónico.

Las personas que actúan en el campo del Derecho privado no han hecho uso hasta ahora de estas reservas. No se da tampoco ninguna especie de reserva de derechos, tácita y general, en rectificación de declaraciones de voluntad preparadas y concluidas por máquinas electrónicas con ocasión de condiciones generales de la contratación. No será nada fácil encontrar una causa o motivo que, en general, libere al declarante de las consecuencias jurídicas

(92) Por ejemplo, VOGEL: *Die Berichtigungsveranlagung*, Colonia, 1959.

del párrafo 122 del BGB. Pero tampoco tiene porqué colocarse al receptor en situación más ventajosa que la que ocupa ante declaraciones de voluntad directamente elaboradas y emitidas por el hombre, en que, además, los errores son proporcionalmente mucho más frecuentes.

VII

A estos supuestos de yerros que pueden surgir en la emisión de declaraciones de voluntad base de un contrato u otro negocio jurídico, en general, sigue el grupo de los *errores de la máquina en el cumplimiento de obligaciones*. Dicho brevemente, se trata de defectos en la ejecución por fallos mecánicos, un grupo de circunstancias bien conocidas; por ejemplo, en el Derecho sobre responsabilidad civil derivada de la circulación; también en la esfera de la responsabilidad médica y en otros muchos campos. Dos ejemplos: el computador de la estación de cálculo que, dentro del contrato de obra, los verifica para arquitectos y constructores, comete una falta y como consecuencia de ella se derrumba una casa. La máquina que hace el recuento de las quinielas de fútbol «pasa por alto» la única quiniela máxima acertante (93).

Interesan únicamente aquellos casos en que no cabe hablar de error humano del lado pasivo de la obligación. En el Derecho público se ha mantenido la tesis errónea (94), ya superada (95), de que todo error de la máquina responde a una equivocación del hombre. Sin duda, ha de preguntarse si *la regla* contenida en el párrafo 278 del BGB *es tan general* que impide *cargar* sobre la otra parte contratante los inconvenientes que derivan de la automatización, y lo impide incluso, *al que se sirve de sus ventajas* en cumplimientos de sus obligaciones, sustituyendo así la necesidad de recurrir a colaboradores personales. Podrían, desde luego, hacerse

(93) Ayuda en este caso "la obligación de reclamar", dentro de plazo aceptada en los pliegos de condiciones, con la consecuencia de pérdida del derecho. Las máquinas alcanzan un rendimiento de, aproximadamente, 70.000 por hora y comprueban después los remaches en un control negativo. Hacen, como es natural, infinitamente menos faltas que las miles de personas que realizaban durante toda una jornada este trabajo.

(94) LEISNER, VVD, StRL 20, págs. 203 y sigts., 249; MAASS, DVBl 1961, 8, 10.

(95) ZEIDLER, DVBl 1961, 493; BULL: Obra citada (n.º 1), pág. 142.

objecciones a una contestación afirmativa, fundadas en que la mecanización reduce considerablemente las probabilidades de error, si se compara con las que normalmente ofrece la acción directa del hombre, y de otra parte, en que las ventajas que la racionalización supone, benefician, dentro del modelo de la economía de libre competencia, también al consumidor, es decir, que la automatización favorece su propio interés.

A la vista de las soluciones que para estos supuestos se han dado en el campo del Derecho público, no puede sorprender que, concretamente dentro del Derecho tributario y en base al párrafo tercero del parágrafo 92 del AO, se postule una facultad general de rectificación en favor del Fisco. Por el contrario, el OVG Lueneburg (96) carga, con acierto, sobre el empresario público la responsabilidad por los errores en el cálculo y pago automático de sueldos. En la misma línea se hallan las convincentes consideraciones de Rinck (97), quien parte de una responsabilidad individualizada del Estado para cada caso de fallo de las instalaciones automáticas de seguridad en los vuelos. Si el Estado impone «al ciudadano una situación de peligro y llega a hacerle víctima», «debe, por ello, indemnizar el daño que surge por fallos de la máquina» (98).

Para el *Derecho civil* deberá sostenerse que cuando se enfrenta al ciudadano con resultados contables automáticos, cualesquiera que éstos sean dentro de un plano de igualdad, no cabe cargar sobre él el riesgo por posibles errores del computador, aun cuando haya contratado libremente y elegido entre ofertas concurrentes. Conforme ha quedado expuesto más arriba, esto es válido para la obligación que a tenor del parágrafo 122 del BGB corresponde al que explota el computador, pero, sobre todo, también para la necesaria responsabilización por errores de la máquina, cuando el contrato no tiene por objeto principal el resultado mismo del trabajo del computador, como ocurre en el caso de los centros de cálculo. De la imposibilidad en que se encuentra el contratante y el que explota el computador de repetir y comprobar sus cálculos

(96) DVBl 1964, págs. 769 y sigts ; MAASS, DVBl, en general, sobre responsabilidad en la confección automática de datos, 1961, 7.

(97) *Zeitschrift fuer Luftrecht und Weltraumrechtsfragen*, 1965, 185 siguientes.

(98) Rinck : Obra citada, 190.

debería resultar una responsabilidad sin culpa, exigible sólo, dentro del círculo de usuarios potenciales, por un grupo restringido de derechohabientes. En mi opinión, sería insuficiente el conformarse con que el deudor no pueda alcanzar el recibo de finiquito, al que tiene derecho como contratista, incluso en los casos de saneamiento (99). Encontramos aquí de nuevo aquella *imposibilidad o dependencia intelectual* que condujo, a raíz del «Forum» de Karlsruhe de 1965 y en base a una conferencia de LUDWIG RAISER, a consideraciones de más largo alcance en relación con el reconocimiento legal del AGB y de sus límites. El fundamento legal de la responsabilidad sin culpa del contratante que trabaja con el computador debe hallarse no sólo en la peligrosa fuerza de las ideas que subyugan, al decir de HANNAK (100), o de los venenos o similares, en el sentido del proyecto de Ley preparado por el Ministerio de Justicia de la República Federal (101), sino también en la *situación de violencia psicológica* que supone para la otra parte que con aquél contrata el *no poder efectuar comprobación ninguna*; si se quiere, en un contacto social «mecanizado» de forma especialísima, en el sentido de las ideas de DOELLE.

Por lo demás, no me parece justo derivar sistemáticamente sobre el constructor de la máquina la responsabilidad por los fallos en que incurra al usarla el adquirente o arrendatario, como postulan, por ejemplo, LORENZ (102), y SIMITIS (103), ampliando a ellos la *garantía de fabricación*. Entiendo que las esferas personales de derechos y respectivos ámbitos de responsabilidad deben delimitarse aquí de muy distinta forma, sobre todo, porque no puede decirse que los fallos de las máquinas obedezcan fundamentalmente a defectos de fábrica.

(99) Véase solamente BGHZ, 23, 288; 28, 251.

(100) HANNAK: *Die Verteilung der Schaeden aus gefaehrlicher Kraft*, Tuebingen, 1960.

(101) *Karlsruher Forum*, 1962, págs. 42 y siguientes.

(102) LORENZ: *Karlsruher Forum*, 1963, págs. 8 y sigts, y (sin imprimir) por la Sociedad de Derecho Comparado, 1965.

(103) SIMITIS: *Grundfragen der Produzentenhaftung*, Tuebingen, 1965.

C

I

Cuando se habla de la *racionalización del derecho* mismo, ya sea como lo hizo el «Deutscher Anwaltstag» en 1965 (104) o teniendo como objetivo la jurisdicción administrativa (105) o el procedimiento civil (106), se piensa siempre que deberá elegirse, entre soluciones que sirvan por igual a la Justicia, desde luego, la más conveniente, y en una relación media de conveniencia, la más sencilla. Aquí, pues, se utiliza el concepto racionalización en un sentido totalmente independizado de los costes; se centra exclusivamente en la función de realizar la justicia y garantizar la seguridad jurídica. En los últimos años se ha escrito ampliamente sobre la racionalización, en general, de la legislación y la jurisprudencia (107).

Si los representantes del Derecho civil material plantean aquí *cuestiones procesales*, es claro que las posibilidades de racionalización del Derecho mismo, como ha demostrado cumplidamente HERSCHEL en la «Sitzler Schrift» (108), se reducen muchísimo, aunque haya podido lograrse cierto éxito en la depuración del Derecho, impuesta por la especial configuración de la República Federal y de los Laender; pero esto no es racionalización en el sentido expuesto. Entre las muchas causas que limitan las posibilidades de racionalización, citaremos tan sólo tres, «típicas del momento». La primera estriba en el *sistema legislativo de la democracia parlamentaria*, dentro de cuyo sistema es un compromiso, no sólo, la Constitución, sino a menudo también, la simple ley ordinaria. El acuerdo en caso de intereses contrarios conduce frecuentemente, no a la norma «más racional», en el sentido que hemos expuesto, sino precisamente a una

(104) LEWALD: NJW 1955, 981 y siguientes.

(105) Véase, por ejemplo, RAUTENBERG: NJW 1958, 164 y siguientes.

(106) Véase, por ejemplo, el informe de «Die Welt», 1965, n.º 229, pág. 27, sobre la última sesión de la comisión nombrada por el Ministerio de Justicia para el Derecho procesal civil.

(107) Véase SCHEUNER: DOEV 1955, 321 y sigts.; REUSS: *Anwaltsblatt*, 1955, página 144 y sigts., 169 y sigts.; BADENHOOP: *Rationalisierung der Rechtspflege*, Wirtschaftliche öffentliche Verwaltung, 1962, págs. 134 y sigts. Más actual, ZIMMERER: *Die dritte Gewalt*, 1965, págs. 16 y siguientes.

(108) *Rationalisierung des Rechts, insbesondere des Arbeitsrechts*, homenaje a FRIEDRICH SITZLER, 1956, págs. 287 y siguientes.

complicada norma «antirracional». La segunda causa radica en la natural importancia que, en un *Estado social de Derecho*, se da a la función de realizar la Justicia, de tal forma que el derecho que se desenvuelve más allá de la ley crece, «como el coral», adosado en nuevas y sucesivas etapas a los Institutos clásicos del Derecho (109). En esta medida son esfuerzos, realizados también en orden a la pretendida racionalización del Derecho, los que se dirigen a precisar el perfeccionamiento que se debe a la función judicial y a integrar esos logros en el Ordenamiento legal; cito únicamente los de WIEACKER (110) y LARENZ (111). Por último, una tercera causa, desarrollada inicialmente por HERSCHEL (112) y que tiende un puente hacia los resultados de la primera parte: el *principio de la división de poderes* y el *principio federalista*—para citar sólo dos ejemplos—conducen a soluciones «antirracionales», esta vez en interés de una función finalista de la Constitución, no reñida con la Justicia, concretamente, para impedir el ejercicio del poder único en el Estado unitario (113). Estas consideraciones en torno a la formación del Derecho permiten apreciar que la racionalización de la función legislativa, entendida ésta en sentido amplio, pertenece al campo de la utilidad, a que debe tenderse, en la medida en que no se oponga a la justicia y a la finalidad concreta perseguida por la norma legal. El principio de relatividad no es, ciertamente, impedimento o barrera jurídica en la tarea de hacer las leyes (114).

Bajo esta perspectiva, una exacta *formación jurídica de los conceptos* viene a ser premisa ineludible para una valoración acertada y representa, por ello, una actuación racionalizadora de primer orden. Es de sobra conocido lo poco que se enseña en Alemania a hacer las leyes (115). El uso de la logística (116) como método para

(109) Véase SCHMITT-LERMANN: *Die Vereinfachung als Daueraufgabe der Verwaltung*, DOEV 1963, 597 y sigts., 62.

(110) *Zur rechtstheoretischen Praezipisierung des*, parágrafo 242, BGB 1956.

(111) *Kennzeichen geglueter richterlicher Rechtsfortbildungen*, 1965.

(112) Obra citada (n.º 106), págs. 294 y siguiente.

(113) Véase WALTER STRAUSS: *Europäische Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiet des Patentrechts*, homenaje a DOELLE, t. 2.º, 1963, pág. 437.

(114) *Ueber die Verletzung von Denkgesetzen*, KLUG; homenaje a MOERING, 1965, págs. 363 y siguientes.

(115) Véase, sin embargo, HANSWERNER MUELLER: *Handbuch der Gesetzgebungstechnik*, 1963.

(116) KLUG: *Juristische Logik*, 2.ª edición, 1958; SMITIS: *Zum Problem einer juristischen Logik*, Ratio, 1960, págs. 52 y siguientes.

precisar la formación de palabras susceptibles de interpretaciones varias, implica, naturalmente, el riesgo de romper toda conexión entre el lenguaje jurídico y el común. De ahí que se abra paso, antes, un método de catalogación jurídico-sistemática de los conceptos propios del lenguaje jurídico en los distintos campos, aproximadamente en el sentido en que tenemos presentes las ideas que subyacen institucionalizadas en el parágrafo 242 del BGB o bien, tal y como, a partir de esa conexión, nos imaginamos el interés «exacto» en cuanto tropezamos con el concepto.

La tarea es tanto más apasionante cuanto que al lado de los conceptos jurídicos han de tenerse en cuenta los llamados *tipos «abiertos»* (en el sentido «depurado» en que los usa LARENZ (117), en adhesión a HEYDE y HANS J. WOLFF). Surgen, además, bajo esta perspectiva, al lado de conceptos jurídicos, en sentido estricto y de tipos «cuyas características no constituyen un número cerrado, en el sentido», de que «sólo se dan cuando concurren todas y cada una de dichas características en el caso concreto» (118), los principios jurídicos del índice confeccionado por ESSER (119) y de la función que describe y, por último, puntos de vista valorativos no consignados en el derecho escrito.

La tarea se hace más comprensible, sobre todo, porque aclara lo relacionado con el método, si se pregunta acerca de la posibilidad de utilizar cerebros electrónicos para la creación o elaboración del Derecho, cuestión ésta también propugnada por KLUG y SMITIS (120). Muestra, desde luego, que después del *primer cambio*, concretamente, aquel de situaciones sociales de tensión, en sentido amplio, en el lenguaje—lo mismo del lado del supuesto legal «tipo» como del lado del concreto hecho vital «objeto del *test*»—ocurre un *segundo cambio en la clave* de la máquina; por consiguiente, se dan dos

(117) *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, pág. 343.

(118) LARENZ: Obra citada.

(119) *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2.ª edición, 1964, págs. 87 y sigts., 107 y sigts., 327 y siguientes.

(120) KLUG: *Elektronische Datenverarbeitungsmaschinen im Recht*, homenaje a JAHRREISS, 1964, págs. 189 y sigts.; SMITIS: *Rechtliche Anwendungsmöglichkeiten kybernetischer Maschinen in H.*; FRANK: *Kybernetische Maschinen*, Frankfurt a. M., 1964, págs. 351 y sigts., con referencia a la literatura nacional y extranjera, pág. 431 y sigts. También FIEDLER: *Rechenautomaten als Hilfsmittel der Rechtsanwendung*, Deutsche Rentenversicherung, 1962, pág. 149 y siguientes; el mismo autor, *Probleme der elektronischen Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung*, Deutsche Rentenversicherung, 1964, págs. 40 y siguientes.

movimientos de retroceso que, a su vez, presuponen conceptos lo bastante estrictos y correctos. La subsunción puede efectuarla el computador; la valoración, no. Es grande el riesgo de cifrados erróneos y criptovaloraciones en los cambios de ida y retroceso. Si se piensa en el modelo del computador se patentizan claramente los peligros de la jurisprudencia de conceptos.

Gira la cuestión realmente en torno a los límites dentro de los que el Derecho pueda ser susceptible de «logicificación» (121). Actualmente ofrecen mayor importancia los efectos mediatos de los estudios sobre aplicación de computadores a la creación del Derecho, que el problema inmediato (122). En cualquier caso, es indudable que la máquina, aun óptimamente dispuesta y organizada, sólo podrá servir de instrumento para una mejor formulación de problemas; nunca podrá darnos «su solución» (123).

Esto significa, en el terreno práctico, que se podrá calcular mecánicamente, en cada caso, el importe de los jornales, incluso expedir automáticamente certificación de pensiones que correspondan por Seguridad Social o jubilación; pero siempre conservaremos como símbolo cierto de humanidad la figura del ilustre magistrado, con sus eventuales errores y, en ocasiones, enojada actitud.

Ello no obstante, y a la vista de los ejemplos americanos, no parece lejana la posibilidad de sustituir la actual acotación «bidi-mensional» por un cerebro electrónico capaz de reaccionar ante preguntas y repreguntas que se le formulen desde las posiciones más dispares, como tampoco la de traducir a un lenguaje jurídico limpio, los axiomas (pese a todo, a menudo molestos) y también aquellas ideas esenciales de la fundamentación de decisiones jurídicas. Por ello, los primeros intentos que se efectúan en Alemania afectarán a limitados campos del Derecho, con seguridad inapreciables terminológicamente (124).

En resumen, está comprobado que el aspecto de la racionalización de los procesos económico-industriales tiene una importancia

(121) SIMITIS: Obra citada (n.º 118), pág. 353.

(122) Véase KLUG: Obra citada (n.º 118).

(123) SIMITIS ante el Congreso de la Unión Internacional de la Filosofía del Derecho y Social, NJW 1964, 537; el informe principal de LACKNER aún no se ha publicado.

(124) Está próxima la posibilidad, por ejemplo, de examinar con ayuda de un computador la novedad para la concesión de una patente. Véase SIMITIS: Obra citada (n.º 118), pág. 366.

y repercusión indudables para la valoración del Derecho civil. Pero lo importante es saber distinguir en todo momento lo accesorio y superpuesto a la racionalización. En el marco de las funciones legislativa y de aplicación del Derecho responde la racionalización a la utilidad, que si es digna de ser alcanzada, ha de serlo sin merma para la Justicia ni para la finalidad misma de las normas concretas. Pero la racionalización es, dentro de este marco, expresión de la conducta vital de nuestra generación, y tampoco los juristas pueden sustraerse a ella.

Aparte de todo ello, debe reconocerse a la idea de racionalización un indudable valor positivo por sus efectos sobre la elevación del producto social y el desarrollo de la vida comunitaria en el Estado *social* de Derecho y, al propio tiempo, también un contenido negativo, en su caso, por la proximidad al ejercicio del poder económico.

La racionalización tiene un lugar, al lado de otros criterios de valor, en la jurisprudencia *de valores*. La valoración se opera en el campo de tensión entre individualismo y colectividad. Las posiciones tradicionales han de revisarse necesariamente, porque la racionalización es, en gran medida, precursora del progreso social, y de otra parte, es, a su vez, necesario impedir, o al menos delimitar, los fines ajenos a la racionalización (problema de la superposición de fines) y los efectos contrarios a la Justicia.

Los *efectos* que la racionalización produce sobre el *Derecho privado* (racionalización en el sentido económico-industrial) y la importancia del *examen de la legalidad de los métodos y resultados de la racionalización* superan a aquellos de la racionalización (en sentido propio) del derecho mismo. Es cierto que también hay ejemplos muy diferentes de planificación económica que incorporan la idea organizadora de la racionalización (lo sean de toda la economía o sólo de algunos sectores de la misma), pero frecuentemente persiguen al propio tiempo fines político-económicos y sociales.

Las calculadoras electrónicas (computadores) pueden ayudar a preparar la *creación o elaboración del derecho* (racionalización de la recogida de material), pero si se prescinde de ciertos métodos sumarios de actuación masiva, no pueden por sí solas llevar a cabo la valoración jurídica. Los problemas de «logicificación» del Derecho.

vinculados a la amplia y extensa aplicación de estas máquinas, sólo pueden ser resueltos en cierta y relativa medida.

Gracias a «la mecánica de pensamiento» inherente al computador ha podido éste reavivar aquella base mediata del Derecho civil tradicional que se remonta a la filosofía racionalista, a DESCARTES, LEIBNIZ y WOLF—como hace poco demostraba COING en la «Doelle-Festschrift» (125)—. También a partir de la sociología empírica, en la que han afincado con fuerza las calculadoras electrónicas, se patentiza el paso hacia el pensamiento matemático. Tal vez sea el hecho de una mayor proximidad y contacto directo con el objeto y del diálogo con físicos jóvenes, lo que nos haga considerar como un paso atrás y un retroceso, una nueva época del pensamiento científico en la jurisprudencia.

REINER SCHMIDT.

(Hamburgo).

(125) *Bemerkungen zum ueberkommenen Zivilrechtssystem*, tomo I, páginas 25 y siguientes.