

embargo, aquí la autora parece confundir el carácter privilegiado del crédito del asegurador en tanto no se constituya la hipoteca legal a su favor (*ex art. 196 LH*) y la propia hipoteca legal constituida de conformidad con lo establecido en el artículo 195 LH una vez devengadas e impagadas las dos primas anuales; es decir, que lo que está privilegiado es el crédito, y no la hipoteca que lo garantiza, hasta la constitución de esta (cf. E. Serrano Gómez, en A. Domínguez Luelmo [ed.], *Comentarios a la LH*, Valladolid: Lex Nova, 2013, p. 1020).

La obra se cierra con unas breves y claras conclusiones, un índice de fuentes mencionadas en el texto y un elenco bibliográfico.

En suma, podemos decir que se trata de una obra de síntesis bien articulada, correctamente escrita, de agradable lectura y ampliamente informativa (pero sin cargar el texto con una erudición excesiva que lo haría tal vez demasiado gravoso para el lector no romanista). Por todo ello, considero que es un libro que cumple muy adecuadamente las funciones que se propone desde un principio, es decir, aclarar algunos aspectos de la hipoteca desde una visión histórica que permita, por un lado, dar cuenta cabal de la dependencia de la historia de muchas de nuestras instituciones jurídicas y, por el otro, ayudar a una mejor comprensión de la estructura subyacente de nuestro ordenamiento, lo que en muchas ocasiones le pasa del todo inadvertido al jurista de orientación positivista.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Catedrático de Derecho romano
Universidad de Valladolid

PEÑA ROMERO, Karen: *El pacto de exclusiva*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, 304 pp.

La doctora Karen Peña Romero ha realizado una obra sobre «El pacto en exclusiva» en la que demuestra un completo conocimiento del derecho de obligaciones y de la competencia en el ordenamiento español, lo que no deja de ser un mérito, teniendo en cuenta la procedencia de la autora, de nacionalidad y formación académica peruana, y el objeto de su estancia temporal en España, la culminación de sus estudios de doctorado gracias a una beca de la Fundación Carolina.

El libro, muy bien escrito y de lectura fácil, tiene por objeto el pacto en exclusiva, en general, sin circunscribirse a alguna modalidad concreta de este pacto o a algún sector específico de la contratación. A pesar del esfuerzo notable de la autora en el Capítulo I (Delimitación del pacto de exclusiva) de dotar a este pacto de unos caracteres comunes, lo cierto es que, como señala la propia autora, el pacto de exclusiva se presenta en la práctica contractual de muy distintas formas y en negocios de tipo muy diverso (compra en exclusiva, venta en exclusiva, concesión mercantil, franquicia, agencia, corretaje, mediación, cesión de derechos de autor...), en cada uno de los cuales, el pacto tiene unos perfiles propios. La amplitud del objeto de la obra hace que la misma tenga una naturaleza eminentemente descriptiva. No se cuestionan las interpretaciones jurisprudenciales asumidas comúnmente como válidas, ni se proponen alternativas innovadoras en cada uno de los ámbitos que se tratan: limitaciones al pacto de exclusiva (Capítulo II) e incumplimiento del pacto (Capítulo III).

Precisamente, la obra es más incisiva en sus conclusiones en aquellas partes que más se centran en un tipo de negocio concreto; particularmente acertadas en lo que respecta al contrato de agencia inmobiliaria con pacto de exclusiva (Capítulo III.V, pp. 240 a 251). Sin embargo, la obra se hace más dispersa cuando se generaliza el objeto de análisis. Así, la autora parte de una descripción muy general del derecho de obligaciones español para llegar a alguna conclusión específica sobre el incumplimiento del pacto de exclusiva, en cuanto a la mora, novación, indemnización, resolución... Ello no es necesariamente negativo, puesto que permite, sobre todo al lector poco familiarizado con el derecho privado español, situar las distintas vicisitudes del pacto de exclusiva en un contexto normativo, pero quizás el jurista español encuentre un exceso de explicaciones sobre conceptos básicos de nuestro derecho de contratos. Por momentos, la obra parece más que una monografía, un tratado de contratos, eso sí, y es de agradecer, siempre muy bien escrito. Otro tanto cabe decir del apartado dedicado a los límites al pacto de exclusiva por el derecho de la competencia (Capítulo II.3).

La parte más notable de la obra es en mi opinión el Capítulo II, sobre las limitaciones al pacto de exclusiva:

— En cuanto a los límites temporales (Capítulo II.1), la autora se refiere al límite de 5 años impuesto por el Reglamento CE 330/2010, de 10 de abril, para determinadas categorías de acuerdos verticales, respecto a lo que se echa en falta quizás una delimitación algo más precisa del ámbito de aplicación de dicho Reglamento, dada la trascendencia de esta limitación. Son objeto de análisis también los pactos de exclusiva de duración indeterminada que, de acuerdo con la jurisprudencia española, son válidos, si bien ambas partes tendrán una facultad de desistimiento *ad nutum* (STS 1.2.2001), que habrá de ejercitarse de acuerdo con la buena fe. En este sentido, la autora se centra en las condiciones de ejercicio de la facultad de desistimiento unilateral, en las limitaciones a dicha facultad, en el necesario preaviso a la contraparte con una antelación razonable, en la posible indemnización de daños y perjuicios cuando el desistimiento sea contrario a la buena fe o sin preaviso o en la acción de enriquecimiento sin causa cuando haya un aprovechamiento de la clientela generada por el cesionario por parte del cedente que desiste. Por último, la autora introduce un interesante análisis económico en cuanto al plazo de duración óptima de la exclusiva, fundado en la idea de eficiencia *«como instrumento corrector de los conflictos de incentivos en el contrato, frente a la amenaza de la terminación materializada en la cláusula (de desistimiento) ad nutum»* (pp. 140 y ss), vinculando esta duración óptima al plazo necesario para recuperar las inversiones específicas realizadas por el cesionario de la exclusiva (*theory recoupment*).

— A los límites espaciales del pacto se refiere el apartado 2.º del Capítulo II. La autora analiza principalmente la posible ilicitud al amparo del Reglamento CE 330/2010 del pacto exclusividad territorial absoluta, es decir *«aquella por la que las partes del contrato se proponen eliminar, en relación con los productos y territorios afectados toda competencia por parte de terceros como importadores paralelos u otros beneficiarios exclusivistas de otros territorios»* (pp. 145 a 150). Interesante resulta también el planteamiento de la autora respecto de la cláusula que permita al cedente de la exclusiva modificar unilateralmente durante la vigencia del contrato el ámbito territorial inicialmente pactado. Esta cláusula deberá estar amparada en un motivo válido o justa causa y no depender del puro arbitrio del cedente (art. 1256 y 1273 CC), lo que me parece una utilización ejemplar de las normas genera-

les del derecho contratos para impedir abusos contractuales entre empresarios, sobre todo en los casos en los que exista un claro desequilibrio en el poder de negociación de ambas partes.

— Por último, se tratan los límites al pacto de exclusiva por razones de orden público o defensa de la competencia, en el apartado 3.º del Capítulo III. La autora se centra en el análisis de las prohibiciones derivadas del derecho comunitario de la competencia: prácticas concertadas entre empresas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear las fuerzas del mercado (art. 101 Tratado Fundacional Unión Europea) y explotación abusiva de una posición de dominio (art. 102 TFUE). De acuerdo con la Jurisprudencia del TJUE, la autora rechaza una interpretación formalista de las prohibiciones del derecho de la competencia que se apoye únicamente en contenido de los acuerdos sin examinar las posibles consecuencias económicas eficientes de dichos acuerdos restrictivos en el mercado. Por eso la autora, entiende que en la valoración de la posible ilicitud de los pactos de exclusiva *ex artículo 101 TFUE* debe primar un análisis económico de los efectos del pacto sobre el mercado, puesto que el pacto puede tener un impacto positivo al presentarse como un medio adecuado para lograr eficiencias, *«motivando la iniciativa de los empresarios, la innovación y el progreso técnico al otorgar seguridad a las inversiones, generar reducción de costes, ayudar a la planificación de la producción y a la organización de la distribución de bienes y servicios»*. En función de ello, considera que los posibles efectos procompetitivos del pacto de exclusiva, de acuerdo con el artículo 101.3 TFUE, deben valorarse siguiendo cuatro pautas objetivas: mejoras de la eficiencia, indispensabilidad de las restricciones, beneficio para los consumidores y la no eliminación total de la competencia. Partiendo de estas premisas, la autora concluye que los pactos de exclusiva contenidos en las relaciones verticales deben presumirse procompetitivos pues ahorran costes y optimizan recursos, lo que se traduce en menores precios y mejor calidad de los productos en beneficio de los consumidores, además de favorecer las inversiones y las innovaciones, puesto que evitan el parasitismo (*free riding*) de quien sin aportar nada pretende aprovecharse de un trabajo de captación de clientela y el problema de la cautividad del comercializador, ya que la exclusividad le blindó frente a las exigencias de la contraparte para conseguir mejores condiciones en los abastecimientos sucesivos, so pena de perder las inversiones específicas realizadas.

En definitiva, se trata de un libro muy bien escrito y sistematizado, con un objeto de análisis quizás excesivamente amplio y una naturaleza eminentemente descriptiva, en el que sin embargo se apuntan algunas ideas novedosas desde el punto de vista del análisis económico del derecho, en relación a la licitud del pacto de exclusiva. No obstante, es de reconocer el indudable mérito de la autora, que en vez de limitarse a hacer en su estancia en España un trabajo de derecho comparado, que sin lugar a dudas, le hubiese resultado más cómodo, ha tenido la ambición de realizar un análisis de derecho positivo español, que ha nos dejado como regalo de su estancia y como augurio de una brillante carrera académica que seguro que se desarrollará entre los dos continentes.

Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Granada