

RESOLUCIÓN (Expte. Mc 17/96. Ford)

Pleno

Petitbò Juan, Presidente
Alonso Soto, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Fernández López, Vocal
Berenguer Fuster, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid a 29 de enero de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. ALONSO SOTO, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el expediente MC 17/96 (nº 1464/96 del Servicio de Defensa de la Competencia) de medidas cautelares propuestas por el Servicio de Defensa de la Competencia, a instancia de la empresa "INDUSTRIAS DE MATERIAL DE TRACCION Y AUTOMOVILES, S.A." (IMTASA), en el curso del expediente sancionador que se instruye contra las empresas "FORD ESPAÑA,S.A." y "FORD CREDIT EUROPE PLC, Sucursal en España", por la realización de diversas prácticas restrictivas de la competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En el mes de noviembre de 1996 la empresa "INDUSTRIAS DE MATERIAL DE TRACCION Y AUTOMOVILES, S.A."(en lo sucesivo IMTASA) presentó una denuncia contra las empresas "FORD ESPAÑA, S.A." y "FORD CREDIT EUROPE PLC, Sucursal en España" (en lo sucesivo Ford Credit) por prácticas de abuso de posición dominante consistentes en la negativa continuada de suministro de vehículos, recambios y accesorios y de financiación de los mismos en las condiciones pactadas en los respectivos contratos de concesión y de crédito que la empresa denunciante tiene suscritos con las empresas denunciadas.

Según IMTASA estas prácticas tienen por objeto perturbar su actividad concurrencial en el mercado para forzar la posición del grupo de empresas, al que la misma pertenece, en la negociación sobre la venta a FORD MOTOR COMPANY Ltd. (U.K.) de los locales (cinco) en los que se desarrolla la actividad del concesionario.

En el mismo escrito de denuncia IMTASA solicitó la adopción de las siguientes medidas cautelares:

- 1.- *Que se ordene a FORD ESPAÑA, S.A. seguir suministrando en condiciones normales, de buena fe y de lealtad contractual vehículos nuevos, recambios y accesorios al concesionario IMTASA, en la medida necesaria para cubrir las necesidades de éste y sin retrasos en las entregas; todo ello hasta que recayere una decisión definitiva en este expediente.*
 - 2.- *Que se ordene a FORD CREDIT EUROPE PLC continuar financiando, en condiciones de normalidad, buena fe y lealtad contractual, las adquisiciones de vehículos nuevos, recambios y accesorios al concesionario IMTASA, en la medida necesaria para cubrir las necesidades de éste y sin obstáculos en la prestación de este servicio; todo ello hasta que recayere una decisión definitiva en este expediente.*
 - 3.- *Que FORD ESPAÑA y FORD CREDIT EUROPE deberán notificar al Servicio o Tribunal de Defensa de la Competencia, con carácter previo a ser aplicadas, cualquier modificación en sus condiciones comerciales con el concesionario IMTASA, cualquier retraso en la entrega o suministro, cualquier paralización temporal o definitiva en la venta o financiación, o cualquier otra medida equivalente en sus efectos. En todos estos casos deberán indicar las medidas previstas para subsanar o corregir tales eventualidades. Estas medidas deberán estar vigentes hasta la resolución definitiva de este expediente.*
 - 4.- *Que se establezca una sanción pecuniaria diaria y solidaria entre las dos denunciadas para el supuesto de incumplimiento total o parcial de todas o alguna de las anteriores medidas provisionales. La cuantía de esta sanción preventiva por incumplimiento deberá fijarse en consideración a la fortísima capacidad económica de FORD ESPAÑA, S.A. y de FORD CREDIT EUROPE PLC.*
2. IMTASA es una sociedad anónima cuyo único accionista es la sociedad "PALLUE INVESTMENT CORP", domiciliada en las Islas Vírgenes. Esta última sociedad es, según Ford Credit, cabecera de un potente "holding" automovilístico constituido por diez concesionarios de la marca FORD y treinta y dos de la marca RENAULT en Brasil.

IMTASA ostenta desde hace veinte años una concesión para la venta y reparación de vehículos de la marca FORD en Madrid y desarrolla su actividad en unos locales arrendados, situados en la zona centro de la capital, los cuales son propiedad de la empresa Sociedad Anónima Distribuidora de Automóviles (SADA), cuyo accionariado y administradores coinciden con los de IMTASA.

En el año 1995 IMTASA figuró en el sexto lugar de los veintiseis concesionarios de Madrid por número de vehículos vendidos, con un total de 914 sobre 20.448 (4,46%). En los meses de enero a septiembre de 1996 llevaba vendidos 478 automóviles.

La cifra total de ventas de IMTASA en el año 1994 (que es el último que figura en el expediente) fue de 2.658 millones de ptas. En ese ejercicio económico tuvo pérdidas por valor de 40 millones de ptas.

3. FORD ESPAÑA es una sociedad española dedicada a a la fabricación y venta de vehículos automóviles.

Ford comercializa sus productos a través de una red de concesionarios. En general, su sistema de ventas, a los efectos que interesan en este expediente, opera de la siguiente manera:

- a) Venta de vehículos (salvo grandes clientes): El concesionario realiza sus pedidos directamente al fabricante. Ford España suministra el vehículo al concesionario y cobra su precio al contado de Ford Credit a la que entrega, como garantía, la documentación oficial del automóvil. Posteriormente, cuando el concesionario reembolsa el crédito a Ford Credit (por lo general, una vez vendido el vehículo) ésta le entrega la documentación, cerrándose de este modo la operación.
 - b) Venta de repuestos: El concesionario realiza sus pedidos directamente al fabricante, el cual tiene suscrito con Ford Credit un contrato de "factoring" para el cobro de las correspondientes facturas.
4. Ford España ha suscrito el 1 de octubre de 1996 un nuevo contrato de concesión con IMTASA, que sustituye al anteriormente vigente y que tiene una duración indefinida, pudiendo ser rescindido unilateralmente si se denuncia con una antelación de dos años.

El citado contrato se ajusta al modelo notificado a la Comisión Europea en el año 1985. No consta que la Comisión se haya pronunciado formalmente sobre dichos contratos.

5. FORD CREDIT es una sucursal de una entidad de crédito de ámbito comunitario cuyas actividades principales son: a) La concesión de créditos a los concesionarios de la marca FORD para la financiación de sus "stocks" de vehículos nuevos. b) La financiación de las ventas a clientes finales, por medio de contratos de venta a plazos o de arrendamiento financiero. c) La facturación y cobro por cuenta de Ford España de todas las facturas derivadas del suministro de repuestos y accesorios a los concesionarios.
6. Ford Credit ha renovado recientemente, el 4 de octubre de 1996, el contrato de crédito que mantenía con IMTASA. El nuevo contrato, que tiene una duración de un año prorrogable tácitamente por períodos similares, establece como límite del crédito la cantidad de 350 millones de pesetas. En este contrato figura como avalista la sociedad SADA.

Previamente a la renovación de este contrato se produce la cancelación de un crédito de 625 millones de pesetas que Ford había concedido a IMTASA y en el que se había subrogado Ford Credit.

Asimismo Ford Credit ha concedido a IMTASA un préstamo con garantía hipotecaria sobre los locales anteriormente citados, propiedad de SADA, por importe de 200 millones de pesetas con vencimiento el 19 de mayo de 1998. En el contrato de préstamo se estipula que SADA no puede vender los locales sin autorización de Ford Credit y que, en caso de ejercicio de acciones por incumplimiento del contrato de préstamo, IMTASA deberá ceder el arrendamiento de los locales a Ford Credit.

7. A la vista de estos datos, el Servicio de Defensa de la Competencia acordó, con fecha 6 de noviembre de 1996, archivar la denuncia por abuso de posición dominante, puesto que ni Ford España ni Ford Credit tienen, por si mismas o en conjunto, una posición de dominio en el mercado considerado relevante e incoar expediente sancionador a dichas empresas por presuntas prácticas colusorias de imposición de contratos anudados (artículo 1.1.e LDC) y por prácticas de falseamiento de la libre competencia por actos desleales (artículo 7 LDC).
8. Asimismo, el 13 de noviembre de 1996, el Servicio de Defensa de la Competencia acordó proponer al Tribunal de Defensa de la Competencia lo siguiente:

- 1- *La adopción de medidas cautelares solicitadas por IMTASA y enumeradas más arriba, salvo en lo referente al plazo de vigencia de las mismas, habida cuenta de la limitación temporal contenida en el art. 45.6 de la L.D.C.*
 - 2- *Se fije fianza bastante para responder de la indemnización de posibles daños y perjuicios, de conformidad con el art. 45.1 b) de la L.D.C.*
 - 3- *Se imponga una multa coercitiva diaria entre 10.000 y 150.000 ptas. según lo previsto por el art. 45.4 en relación con el art. 11 de la L.D.C.*
9. Recibida en el Tribunal la anterior propuesta, se reclamó al Servicio de Defensa de la Competencia la remisión de lo actuado en el expediente sancionador.
10. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.3 de la LDC, por Providencia de 2 de diciembre de 1996 se dio audiencia a los interesados por plazo de cinco días.

En este trámite han comparecido todos los interesados. Entre las alegaciones formuladas interesa destacar las siguientes:

- a) Ford España y Ford Credit coinciden en la formulación de las siguientes alegaciones:
 - Incompetencia de jurisdicción, puesto que el caso se reduce a una serie de incumplimientos contractuales que deben plantearse y resolverse exclusivamente ante la jurisdicción civil ordinaria.
 - Violación de los derechos fundamentales de presunción de inocencia, prohibición de la arbitrariedad por parte de la Administración Pública y libertad de empresa.
 - Inexistencia de prácticas anticompetitivas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.
 - Ausencia de los requisitos exigidos para la adopción de las medidas cautelares.

- b) Por su parte, Ford España ha reconocido: que, dado su sistema de cobro, IMTASA no le adeuda ninguna cantidad; que, en algunas ocasiones, se han producido retrasos en los suministros por problemas técnicos; y que, a partir de octubre de 1996, no atiende los pedidos de IMTASA por haberle comunicado Ford Credit la suspensión de la financiación a esta empresa (Vid. carta de 31.10.1996, que adjunta a su escrito de alegaciones).
- c) A su vez, Ford Credit reconoce haber tomado el 30 de septiembre de 1996 la decisión de suspender la financiación de los suministros de Ford a IMTASA a la vista de la situación patrimonial de la sociedad y de los reiterados impagos (Vid. carta de 31.10.96 que adjunta a sus alegaciones), que, a la fecha de 2 de diciembre de 1996, la propia compañía de crédito los cifra en 24.275.777 ptas. Sin embargo, mantiene la financiación de los vehículos pedidos en firme para no perjudicar a los clientes (Vid. carta de 26.11.96).
- d) IMTASA niega la existencia de deudas en los términos que se denuncian por Ford Credit, pues una parte de dichas deudas se ha extinguido por compensación, otra parte se debe a devoluciones de facturas giradas por duplicado por Ford España y una última cantidad a problemas de domiciliación de cobros imputables exclusivamente a Ford Credit. Además invoca también la existencia de diversas cantidades, que le adeuda la casa Ford en concepto de pagos de garantías, deudas de flotas y protección de precios, por importe de 23.593.930 ptas (Vid. documentos 11 a 14, 23 a 25 y 27 a 36 que adjunta a su escrito de alegaciones).

Por otra parte IMTASA ha solicitado la confidencialidad de los documentos números 45 a 79 por ella aportados y que, al adoptarse las medidas cautelares, no se la imponga la prestación de fianza.

- 11. El Pleno del Tribunal, en su sesión del día 23 de diciembre de 1996, deliberó y falló sobre las cuestiones planteadas en el presente expediente.
- 12. Se consideran interesados:
 - INDUSTRIAS DE MATERIAL DE TRACCION Y AUTOMOVILES, S.A. (IMTASA).
 - FORD ESPAÑA, S.A.
 - FORD CREDIT EUROPE, P.L.C., Sucursal en España.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La Ley de Defensa de la Competencia prevé, en su artículo 45, la adopción de medidas cautelares cuando sean precisas para asegurar la eficacia de la Resolución que, en su momento, se dicte.

Esta futura efectividad se logra a través de un procedimiento especial, cuyo principal objetivo es conseguir una anticipación limitada de los efectos derivados de la ejecución de la resolución administrativa que se postula y que procede sólo cuando de los hechos, que se denuncian como ilícitos a la luz de la normativa sobre la defensa de la libre competencia, se están derivando unas consecuencias lesivas para el buen funcionamiento del mercado, las cuales son de imposible o de muy difícil reparación "a posteriori".

Para que proceda la adopción de medidas cautelares, deberán concurrir los siguientes requisitos: a) Que se haya incoado por el Servicio de Defensa de la Competencia el correspondiente expediente. b) Que se aprecie en dicho expediente que las conductas objeto del mismo son, en principio, anticompetitivas (*fumus boni iuris*) y están causando daños a los interesados o al mercado que, si no se atajan de inmediato, pueden conducir a que la resolución que dicte el Tribunal resulte ineficaz (*periculum in mora*). c) Que exista una solicitud formal del Servicio o de los interesados. Y d) Que se dé audiencia a los interesados ante el Tribunal.

Además será preciso: e) Que las medidas que se adopten no originen perjuicios irreparables a los interesados ni impliquen violación de derechos fundamentales y f) que el tiempo por el que se impongan las citadas medidas no exceda de seis meses.

2. Previamente a la consideración de si, en este caso, se dan o no los requisitos anteriormente enunciados, hay que resolver las siguientes cuestiones formuladas, con carácter de excepciones, por los denunciados: incompetencia de jurisdicción y violación de derechos fundamentales.

2.1. Se alega por Ford España y Ford Credit, en efecto, que las pretensiones de IMTASA se refieren a una serie de incumplimientos contractuales que producen únicamente efectos en el ámbito de las relaciones jurídico privadas y que, por tanto, al no afectar al mercado ni al interés público, deben plantearse ante la jurisdicción civil ordinaria.

Sin desconocer la existencia de los referidos incumplimientos contractuales, el Tribunal ha reflexionado ampliamente sobre la cuestión de si se enfrentaba, en este caso, a un pleito puramente civil, en el que sólo estaban en juego los intereses privados de las partes en conflicto, o, por el

contrario, se encontraba ante unas prácticas realizadas con una finalidad anticompetitiva y, por consiguiente, frente a una vulneración de las reglas del mercado con grave afectación de los intereses públicos.

A este respecto, el Tribunal mayoritariamente considera:

Primero. Que las cuestiones relativas al incumplimiento o a la interpretación de las cláusulas de un contrato de adhesión, que resultan totalmente ajenas al hecho de la existencia de competencia en el mercado, han de ser dilucidadas ante la jurisdicción civil y no ante los organismos administrativos encargados de la defensa de la competencia (Véase la Resolución de 16.01.1996. Ford España).

Segundo. Que, sin embargo, los empresarios pueden utilizar el mecanismo de los incumplimientos contractuales para dificultar la actividad de otros operadores económicos, que dependen, en alguna medida, de ellos --como es el caso de la concesión comercial-- o para impedir su definitivo asentamiento en el mercado, falseando de este modo la competencia.

El enjuiciamiento de estas conductas, que trascienden el ámbito del derecho privado y afectan de modo directo a intereses públicos, corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Tercero. Que, en este caso, las empresas denunciadas han alegado que el retraso y bloqueo de los suministros y la negativa a prestar financiación a IMTASA se han debido a los reiterados impagos y a la situación financiera de ésta. Sin embargo, de los datos obrantes en el expediente se extrae una conclusión distinta.

En efecto, Ford España no ha sufrido ningún tipo de incumplimiento contractual por parte de IMTASA (reconoce expresamente que esta empresa no le adeuda cantidad alguna) y, pese a ello, primero se retrasa en las entregas de nuevos vehículos, más tarde crea problemas con la transmisión de la documentación técnica de los mismos y, finalmente, siguiendo instrucciones de Ford Credit y sin esperar a que se produzca algún incumplimiento, interrumpe los suministros de nuevos vehículos a IMTASA. Además, paralelamente y en clara contradicción con lo alegado, renueva en octubre del presente año la concesión a IMTASA por tiempo indefinido.

Por su parte, las alegaciones de Ford Credit sobre impagos de IMTASA y la natural prevención ante su situación financiera, no parecen suficientes para justificar su comportamiento y el de la empresa Ford España, dado lo exiguo de la deuda que se invoca (24.275.777 ptas., de las cuales ninguna

cantidad procede de suministro de vehículos nuevos; 3.481.146 ptas. corresponden a intereses pendientes por la financiación de vehículos nuevos, en los que se incluyen también los relativos a los días de retraso en la entrega, exclusivamente imputables al fabricante y que, posteriormente, son objeto de retorno al concesionario; 1.485.000 ptas. se refieren a un contrato de venta a plazos; y el resto a dos facturas de repuestos), la incardinación del concesionario en un importante grupo internacional, la cifra de ventas anual del concesionario que, en los últimos años, ha superado los 2.500.000.000 de pesetas y las garantías prestadas (reserva de dominio sobre los vehículos suministrados, aval de SADA e hipoteca sobre los locales, que han sido valorados por Ford España en 775 millones de ptas.).

Por último, resulta también contradictorio que, pese a las citadas imputaciones sobre la morosidad y solvencia de IMTASA, Ford Credit haya suscrito el pasado mes de octubre con dicha empresa un nuevo contrato de crédito con un límite de 350.000.000 de ptas y una duración de un año prorrogable tácitamente.

Además IMTASA ha combatido las anteriores imputaciones aduciendo que Ford España le adeuda, a su vez, 25.593.950 de ptas. por pagos de garantías, deudas de flotas y plan de protección de precios, que el impago relativo a la venta a plazos se ha debido a un error de domiciliación bancaria imputable a Ford Credit y que existe una controversia entre las partes sobre la extinción por compensación de las deudas relativas a los repuestos.

Cuarto. Que, a la vista de estos datos, puede concluirse que, en este caso, junto a la controversia civil sobre los pagos, existen indicios racionales de la existencia de una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, porque todo parece indicar que el bloqueo de los suministros y la negativa a prestar financiación, llevados a cabo por Ford España y Ford Credit con respecto a IMTASA, son conductas que trascienden el puro incumplimiento de los pactos establecidos entre dichas empresas y las habituales relaciones obligatorias y configuran una estrategia o política comercial tendente a la alteración de la actividad del concesionario para lograr otras finalidades distintas del reestablecimiento del equilibrio contractual y de las normales actitudes de prevención frente a la asunción de nuevos riesgos.

En definitiva, los hechos denunciados sin perjuicio de constituir, en su caso, infracciones de naturaleza civil -cuestión que deberá dilucidar la jurisdicción ordinaria- pueden también ser considerados como comportamientos anticompetitivos y, como tales, no pueden sustraerse al conocimiento del Tribunal de Defensa de la Competencia, que es el órgano

al que la Ley 16/1989 encomienda, con carácter exclusivo, la declaración sobre su ilicitud, desde el punto de vista de la vulneración del orden público económico.

2.2. También se ha invocado la violación de derechos fundamentales, entre ellos la presunción de inocencia y la libertad de empresa.

Con respecto a esta cuestión hay que señalar: En primer lugar, que la adopción de medidas cautelares está expresamente prevista en la Ley de Defensa de la Competencia (Sección 3ª del Capítulo Primero del Título III), de modo que difícilmente se puede considerar que su aplicación pueda violar el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, que, como expresa la Exposición de Motivos de la Ley de Defensa de la Competencia, *La competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra Sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa.* Así pues, resulta incongruente alegar la violación del principio de libertad de empresa cuando precisamente la Administración está actuando en defensa de dicho principio. Y, en último lugar, que la apertura de un procedimiento para la adopción de medidas cautelares no viola ningún derecho fundamental y mucho menos el relativo a la presunción de inocencia porque: a) Se trata de un procedimiento instrumental, es decir, accesorio del principal, que no prejuzga sobre el fondo del expediente, que está preordenado a una decisión definitiva cuya efectividad trata de asegurar y que, por tanto, tan solo se limita a garantizar los efectos de la resolución que recaiga en aquél (artículo 45.1 LDC).- b) Tiene un marcado carácter de provisionalidad, puesto que las medidas cautelares que, en su caso, se adopten tendrán una duración temporal limitada, no pudiendo en ningún caso exceder de seis meses y debiendo cesar cuando se sobresea el expediente o se adopte la resolución del Tribunal (artículo 45.6 LDC).- c) Es un procedimiento sometido a mutabilidad, puesto que cabe la modificación de las medidas cautelares adoptadas en cuanto se alteren las circunstancias reales que se tuvieron en cuenta para la adopción de dichas medidas, o se produzca un aumento, disminución o desaparición del *periculum in mora* o una disminución del *fumus boni juris* (artículo 45.5 LDC).- Y d) Salvaguarda de manera equilibrada los intereses de las partes en conflicto, al establecer, de un lado, que, en el caso de que sean los interesados los que propongan la adopción de medidas cautelares, el Tribunal podrá exigirles la prestación de fianza (artículo 45.1 in fine LDC) y, de otro, que no se podrán dictar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales (artículo 45.2 LDC).

3. En cuanto al análisis del cumplimiento en este expediente de los requisitos legales necesarios para que se puedan adoptar las medidas cautelares, el Tribunal considera:

3.1. Que se dan todos los requisitos formales exigibles a los que se hizo referencia anteriormente. En efecto, ha habido una Resolución del Director del Servicio de Defensa de la Competencia acordando la incoación de expediente sancionador, las medidas cautelares han sido propuestas por el citado Servicio a instancia de la parte denunciante y los interesados han tenido la oportunidad de formular alegaciones sobre la citada propuesta.

3.2. Que los hechos denunciados no parecen tener su origen en un mero y, por lo que se ha visto, poco significativo incumplimiento contractual sino, como anteriormente se ha expuesto, en otros motivos que nada tienen que ver con el desarrollo de una relación obligatoria. Las interrupciones del suministro de vehículos nuevos, realizadas por Ford España a instancia de Ford Credit, y la amenaza por esta última empresa de suspender la línea de crédito concedida a IMTASA y su posterior materialización a partir del otoño de 1996, que perjudican al concesionario, tanto en términos absolutos como relativos, y que pueden llevar a expulsarle del mercado en el punto de venta en cuestión, constituyen conductas que presentan indicios de obedecer a una estrategia calculada del grupo FORD, cuyos resultados alterarían las condiciones del mercado en un sentido anticompetitivo.

En el expediente se evidencia la existencia de esta política comercial anticompetitiva --no se sabe si individual o conjunta-- de las citadas empresas, consistente en la producción de forma sucesiva de las siguientes situaciones: 1º) Retrasos e incumplimientos en las entregas de los vehículos por parte de Ford España (Hay datos relativos a 15 vehículos en el mes de junio, 46 en el mes de septiembre y 20 en el mes de octubre. También consta que no se recibieron los pedidos correspondientes a las campañas de promoción de los modelos "Mondeo" y "KA"). 2º) Retrasos en las entregas de las documentaciones de los vehículos por parte de Ford Credit (Obran datos relativos a 14 automóviles). 3º) Negativa a financiar nuevos pedidos por parte de Ford Credit incumpliendo el contrato que tiene suscrito con IMTASA (Existe una carta de Ford Credit a IMTASA de 31 de octubre de 1996, confirmada por otra de Ford España de la misma fecha). 4º) Bloqueo de los suministros por parte de Ford España incumpliendo el contrato que tiene suscrito con IMTASA (Hay un Acta Notarial sobre la situación de retención de suministros por causas financieras relativa a 133 automóviles). Y 5º) Exigencia por parte de Ford Credit de nuevos requisitos para cumplir las obligaciones de financiación derivadas del contrato de

crédito suscrito con IMTASA (Existe una carta de Ford Credit de 26 de noviembre de 1996).

3.3. Así pues, existen suficientes indicios de la existencia de prácticas anticompetitivas, bien de tipo colusorio (art. 1 LDC), ya que Ford España y Ford Credit han afirmado reiteradamente ser empresas independientes tanto desde el punto de vista económico como jurídico, o bien de falseamiento de la libre competencia por actos desleales, en este caso de explotación de la situación de dependencia económica en que se encuentra el concesionario frente al titular de la marca y su empresa financiera (art. 7 LDC) y así lo ha apreciado el Servicio de Defensa de la Competencia.

Se da, en este caso, el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

3.4. No sucede lo mismo, en cambio, en relación con la denuncia por abuso de posición dominante, que ha sido archivada por el Servicio de Defensa de la Competencia por considerar que el mercado relevante de producto no es el de la venta de vehículos de la marca FORD y la distribución de recambios y accesorios de dicha marca.

Como ha afirmado el Tribunal en diversas resoluciones, que van desde la ya clásica Resolución de 30 de abril de 1974 hasta las más recientes de 25 de mayo de 1995 (IVECO ESPAÑA), 1 de junio de 1995 (PEUGEOT-TALBOT), 20 de septiembre de 1995 (IVECO-PEGASO) y 8 de enero de 1996 (FORD ESPAÑA), la marca, al individualizar el producto, no le convierte en tan único y tan distinto de los equivalentes, que llegue a constituir un mercado separado. La delimitación del mercado de producto no ha de hacerse pues, exclusivamente desde la marca, sino desde la óptica de la sustituibilidad del producto tanto desde el punto de vista de la oferta como desde el punto de vista de la demanda.

En este contexto hay que tener en cuenta: Primero. Que los consumidores, en el momento de la compra, optan no sólo entre modelos de la misma marca sino también entre distintos modelos de diversas marcas que son perfectamente sustituibles entre si (por ejemplo, SEAT Ibiza, FORD Fiesta, OPEL Corsa, RENAULT Clio, CITROEN Visa, V.W. Polo, etc). Segundo. Que no existe, en cambio, intercambiabilidad entre los turismos y los vehículos industriales. Y tercero. Que también existe sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta, pues, hay cierta movilidad de los concesionarios y servicios oficiales para cambiar de marca aunque esta movilidad resulta limitada por el equipamiento de los talleres y, hasta cierto punto, por la cualificación técnica del personal de los mismos.

En consecuencia, se pueden diferenciar claramente dos mercados: el de distribución y servicio postventa de vehículos automóviles de turismo y el de distribución y servicio postventa de vehículos industriales (microbuses y furgonetas). Asimismo resulta posible individualizar un tercer mercado de producto: el de asistencia técnica, mantenimiento, y reparación de vehículos.

En los dos primeros mercados citados Ford España no tiene posición de dominio ni a escala nacional ni a nivel provincial. Su cuota de mercado es del 14,02% en cuanto a las ventas de automóviles de turismo en el mercado nacional y del 17,25% en cuanto a las ventas de vehículos industriales en el mismo mercado. Las cuotas de mercado provinciales no difieren sustancialmente de las anteriores. Aunque no se ha calculado la cuota que ostenta Ford España en el mercado de mantenimiento y reparación de vehículos, a la vista de los datos anteriores y teniendo en cuenta la cantidad de talleres que reparan los automóviles de dicha marca, así como la posibilidad de utilización de las piezas de otras marcas en las reparaciones y, finalmente, la existencia de un importante comercio paralelo en este mercado, se llega a la conclusión de que tampoco puede afirmarse que Ford España se encuentre en posición dominante.

Por lo que respecta al mercado de servicios financieros (financiación de stocks de vehículos, venta a plazos, leasing y factoring) resulta evidente que Ford Credit no ostenta posición de dominio ni en Madrid ni en España.

3.5. También se da en este caso, por las razones expuestas anteriormente, el requisito del *periculum in mora*, porque, al depender IMTASA para el desarrollo de su actividad normal de la empresa Ford España en cuanto a los suministros de vehículos y repuestos y de Ford Credit para la financiación, la cual no es fácilmente sustituible dentro del sistema de ventas imperante en la marca FORD, de persistir la situación de interrupción de los suministros y bloqueo del crédito durante un cierto período de tiempo, que no tiene por qué ser demasiado largo, la citada empresa tendrá que cesar en su actividad y quedará fuera del mercado.

En efecto, un empresario que se dedica exclusivamente a la reventa y reparación de coches de una determinada marca, difícilmente podrá mantenerse en el mercado si el fabricante no le suministra los vehículos o los repuestos necesarios.

4. Por todo lo expuesto resulta procedente la adopción de las siguientes medidas cautelares propuestas por el Servicio de Defensa de la Competencia:

- 1.- Ordenar a FORD ESPAÑA, S.A. que siga suministrando en condiciones normales de buena fe y de lealtad contractual, vehículos nuevos, recambios y accesorios al concesionario IMTASA, en la medida necesaria para cubrir las necesidades de éste y sin retrasos en las entregas, durante un período de seis meses.
- 2.- Ordenar a FORD CREDIT EUROPE PLC continuar financiando, en condiciones de normalidad, buena fe y lealtad contractual, las adquisiciones de vehículos nuevos, recambios y accesorios al concesionario IMTASA, en la medida necesaria para cubrir las necesidades de éste y sin obstáculos en la prestación de este servicio, durante un período de seis meses.

Se trata de medidas cautelares que pueden calificarse de neutras, puesto que no imponen nuevas condiciones a la actividad comercial de los afectados, sino que se limitan a exigir el cumplimiento de buena fe de los contratos libremente pactados por las partes. En este sentido, hay que señalar que tan sólo se ordena a Ford España que mantenga los compromisos de compra fijados a IMTASA en el contrato de concesión y a Ford Credit que continúe financiando hasta el límite máximo de 350 millones de ptas. fijado en el contrato de crédito suscrito a principios de octubre de 1996. Por todo ello, el Tribunal considera que las citadas medidas no son susceptibles de causar perjuicios irreparables a los afectados y que se ajustan a lo establecido en el artículo 45.2 LDC.

El período máximo de duración de las medidas cautelares se fija, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.6 LDC, en seis meses.

5. El Tribunal no ha considerado conveniente, en cambio, la adopción de la tercera de las medidas cautelares propuesta por el Servicio, a petición de la parte denunciante, por las siguientes razones: a) La citada medida puede resultar innecesaria, ya que el incumplimiento de las que se acuerden será rápidamente denunciado por IMTASA. b) La modificación de las condiciones contractuales de venta o financiación no puede hacerse de modo unilateral sin infringir las medidas cautelares adoptadas, por lo que el supuesto se reconduce al anterior. Y c) Porque supondría una intervención excesiva en la actividad comercial de las empresas en cuestión.
6. Los posibles efectos negativos del aumento del riesgo crediticio que la adopción de las medidas cautelares puede implicar para las empresas afectadas, y especialmente para Ford Credit, se pueden compensar y equilibrar mediante la prestación por parte de IMTASA de una fianza.

La posibilidad de establecer una fianza, cuando las medidas cautelares han sido instadas por alguna de las partes interesadas en el expediente, se recoge en el art. 45.1 in fine LDC y tiene por objeto facilitar la adopción de medidas provisionales al desplazar sobre el peticionario los efectos adversos de las mismas si la Resolución definitiva del Tribunal no confirmara la apariencia de buen derecho que se aprecia en este momento.

Aunque la Ley configura en este caso la fianza como una carga que se impone al solicitante de las medidas cautelares, esto no significa que se condicione la tutela del interés público a la voluntad del particular que debe prestarla, sino que, tan sólo se anticiparán los efectos de la resolución si aquél asume los posibles costes adversos de dicha decisión.

A estos efectos, dado que las medidas que se adoptan han sido instadas por IMTASA, el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 in fine LDC, ha acordado exigir a IMTASA una fianza de 150.000.000 de ptas., para garantizar las posibles deudas en las que pudiera incurrir frente a Ford España y Ford Credit a causa del cumplimiento por éstas de las medidas cautelares adoptadas.

Para la determinación de la cuantía de la fianza se ha tenido en cuenta la estimación del volumen de negocio de IMTASA en los próximos seis meses.

La fianza deberá prestarse mediante aval bancario a primera demanda.

7. Finalmente, la Ley de Defensa de la Competencia prevé también la posibilidad de imposición de multas coercitivas para asegurar el cumplimiento de las medidas cautelares que se adopten (artículo 45.4 LDC).

En su virtud, el Tribunal ha acordado el establecimiento de una multa coercitiva por importe de 30.000 ptas. por vehículo o pedido de repuestos y día para el caso en que Ford España o Ford Credit incumplieran lo ordenado en esta Resolución.

La multa coercitiva se impondrá a la empresa que sea considerada autora del incumplimiento.

8. IMTASA ha solicitado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 53 LDC., que se mantengan reservados los documentos números 45 a 79 aportados por ella.

Dichos documentos hacen referencia a las siguientes materias:

- Documentos números 45 a 52 y 54 a solicitudes de compra de automóviles con referencia concreta del cliente.
- Documentos números 53, 55, 58 59, 61 a 68 y 74 a 79 a cancelaciones de pedidos por demora.
- Documentos números 56, 57 y 60 a compras de vehículos a otros concesionarios.
- Documentos números 69 a 74 a ventas a empleados.

El Tribunal considera que se trata de documentos relativos a clientes, cuyo conocimiento por parte de otras personas interesadas en el negocio puede ocasionar perjuicios a IMTASA, entre ellos la pérdida de dicha clientela y por ello deben declararse confidenciales; sin embargo, el hecho de que el expediente de medidas cautelares no esté sometido a contradicción le ha hecho posponer su decisión sobre el tema.

Aunque el Tribunal es consciente de que, en este caso, la razón que motiva la confidencialidad desaparece con el tiempo, considera que debe proceder a declarar confidenciales por el momento dichos documentos y ordenar que se forme con ellos una pieza separada.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Primero. Adoptar las siguientes medidas cautelares:

1. Ordenar a FORD ESPAÑA, S.A. que siga suministrando en condiciones normales, de buena fe y de lealtad contractual vehículos nuevos, recambios y accesorios al concesionario IMTASA, en la medida necesaria para cubrir las necesidades de éste y sin retrasos en las entregas durante un período de seis meses.
2. Ordenar a FORD CREDIT EUROPE PLC continuar financiando, en condiciones de normalidad, buena fe y lealtad contractual, las adquisiciones de vehículos nuevos, recambios y accesorios al concesionario IMTASA, en la medida

necesaria para cubrir las necesidades de éste y sin obstáculos en la prestación de este servicio, durante un período de seis meses.

- Segundo.** Exigir a INDUSTRIAS DE MATERIAL DE TRACCION Y AUTOMOVILES,SA (IMTASA) una fianza de 150.000.000 de ptas., que deberá prestarse mediante aval bancario a primera demanda, para garantizar las posibles deudas en las que pudiera incurrir frente a Ford España y Ford Credit a causa del cumplimiento por éstas de las medidas cautelares acordadas.
- Tercero.** Establecer que las medidas cautelares entrarán en vigor al día siguiente de la comunicación a las empresas afectadas de que la fianza prestada por INDUSTRIAS DE MATERIAL DE TRACCION Y AUTOMOVILES,SA (IMTASA) ha sido declarada bastante por el Tribunal.
- Cuarto.** Establecer una multa coercitiva por importe de 30.000 ptas. por vehículo o pedido de repuestos y día para el caso en que Ford España o Ford Credit incumplan las medidas cautelares ordenadas en esta Resolución.
- Quinto.** Instar al Servicio de Defensa de la Competencia para que remita al Tribunal el expediente debidamente instruido con el correspondiente Informe-Propuesta en el plazo de cuatro meses a contar de la fecha de esta Resolución.
- Sexto.** Declarar confidenciales los documentos números 45 a 79 que se adjuntaban al escrito de alegaciones de IMTASA de 12 de diciembre de 1996 y ordenar que se forme con ellos una pieza separada.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar de su notificación.

VOTO PARTICULAR DE LOS VOCALES BERMEJO ZOFÍO, FERNÁNDEZ LÓPEZ Y RUBÍ NAVARRETE

1. Disentimos de la resolución mayoritaria, tanto por entender que el "fumus boni iuris" que se desprende de los datos existentes no es suficiente para

adoptarla, como por la naturaleza de las medidas impuestas a FORD ESPAÑA S.A. y a FORD CREDIT EUROPE PLC. sucursal en España.

2. El primer requisito para adoptar medidas cautelares consiste en que se precise el contenido probable de la resolución final cuya eficacia tratan de asegurar (Art. 45.1 LDC) para lo que basta con que exista una razonable probabilidad (*fumus boni iuris*) de que las conductas imputadas son ciertas y están tipificadas por la LDC; juicio provisional que debe hacerse exclusivamente a la vista de las alegaciones de las partes y del principio de prueba que hayan aportado al expediente. El Servicio, que ha propuesto las medidas nada más recibir la denuncia, ha tenido en cuenta sólo las alegaciones de la denunciante; la mayoría ha considerado también las de las denunciadas, pero ha llegado a conclusiones que no compartimos.

Para la resolución de la que discrepamos se han producido unos incumplimientos contractuales de FORD ESPAÑA S.A. y FORD CREDIT, dirigidos de forma individual o conjunta, a una finalidad anticompetitiva como es situar al concesionario en una posición de desventaja frente a otros concesionarios, impedirle el desarrollo de su negocio y deteriorar su situación comercial y conseguir, de este modo, forzarle a la negociación sobre la venta de los locales o, en caso contrario, expulsarle del mercado (FD 3.2).

A nuestro juicio hay algunos datos, como los que se resumen a continuación, que llevan a una valoración distinta de las conductas que se imputan a las acusadas y del móvil que las impulsó a realizarlas.

2.1. Lo que resulta del expediente, en nuestra opinión, es:

Las negociaciones sobre la venta de los locales se inician cuando RICHARD ELLIS S.A., en nombre de DATA, se dirige a FORD EUROPE ofreciendo su venta (Doc. 8 de IMTASA). FORD EUROPE contesta que quizá le interesen pero por el precio más bajo que indica (Doc. 9 de IMTASA).

El 14 de julio de 1996 IMTASA se dirige a FORD ESPAÑA S.A. comunicándole que RENAULT ha hecho una oferta en firme para comprar IMTASA y los locales comerciales por 1.200 millones de pesetas, que arrendaría a continuación a IMTASA para que actuara como concesionario de RENAULT y dándole un plazo de 15 días a FORD ESPAÑA S.A. para que mejore la oferta (Doc. 17 de FORD ESPAÑA S.A.).

El 20 de septiembre de 1996 el administrador único de DATA e IMTASA manifiesta a FORD ESPAÑA S.A. que "el motivo de la presente es tener

con Vds. un primer contacto sobre los pasos a seguir para la cancelación de la sociedad IMTASA, como acuerdo previo para la firma de la venta por mi parte, de las instalaciones de Santa Engracia 117 a FORD ESPAÑA S.A.". Añade que deberán valorar los stocks de recambios y el utillaje, "que Vds. tendrán que absorber", y el fondo de comercio, que valora en una cantidad que serviría para cancelar el crédito de FORD CREDIT. Urge una rápida contratación (Doc. 15 de FORD ESPAÑA S.A.).

El 27 de septiembre de 1996 contesta FORD ESPAÑA S.A.: "entendemos que existe, por su parte, como actual accionista mayoritario de IMTASA, voluntad de no continuar las actividades propias de ese negocio como concesionario FORD, desvinculándose así de las obligaciones y derechos contenidos en el vigente contrato de concesión"; terminación, precisa FORD ESPAÑA S.A., que habrá de hacerse con arreglo a lo previsto en el propio contrato y, una vez liquidado éste, "estamos en disposición de materializar nuestro interés en la posible adjudicación del inmueble" (Doc. 16 FORD ESPAÑA S.A.).

El 1 de octubre FORD ESPAÑA S.A. a IMTASA renuevan el contrato de concesión.

2.2. Manifiesta FORD CREDIT que IMTASA, como consecuencia de las pérdidas que venía sufriendo desde 1992 (Informe de auditoría de COOPERS AND LYBRAND, Doc. 15 de FORD CREDIT) tenía en julio de 1996, un patrimonio negativo de 290 millones de pesetas (Doc. 14 de FORD CREDIT) estando incurso en la causa de liquidación del Art. 260.4 LSA (pérdidas que dejen reducido al patrimonio a una cifra inferior a la mitad del capital). Esta situación patrimonial se califica por la Circular 4/91, de 14 de julio, del Banco de España, como "situación anormal de riesgo".

Por otra parte IMTASA, que venía retrasando los pagos, los sobresee en octubre de 1996; ante esta situación FORD CREDIT decide dejar de financiar indiscriminadamente la compra de coches nuevos por IMTASA - que ha dispuesto ya del 86% del crédito- y financiar sólo aquéllos de los que IMTASA tenga pedido en firme. Para el resto, IMTASA puede o pagarlos ella misma o buscar otro financiador porque FORD CREDIT no tiene ninguna exclusividad respecto de IMTASA.

FORD CREDIT, añade, no tiene interés en la liquidación de IMTASA ni en la compra de los locales. Por ello renovó la apertura de crédito el 4 de octubre de 1996 -la anterior póliza vencía el 7- y buscó un sistema de financiación para que IMTASA pudiera vender a Telefónica 90 furgonetas que Telefónica pagaba a 180 días, esperando con todo ello que IMTASA se recapitalizase por su accionista, que pertenece a un grupo internacional

que puede hacerlo. Si hubiera tenido la intención que IMTASA le atribuye, en vez de limitar el pago a los coches comprados en firme, hubiera resuelto el contrato de apertura de crédito por el impago de intereses y la situación anormal de riesgo de IMTASA (cláusulas 10 y 21.a) así como el de préstamo hipotecario (cláusula 8). Este último preve (cláusula 20) que desde el momento en que FORD CREDIT ejercite cualquier acción prevista en la Ley Hipotecaria, IMTASA cede sus derechos como arrendataria a FORD CREDIT debiendo dejar libre los locales. Esta cláusula tiene por finalidad mantener el valor real del inmueble, porque IMTASA no puede, por Ley, ejercitar la actividad de vendedor o reparador de coches.

2.3 Ante estos hechos estimamos que ha habido irregularidades en la ejecución de los contratos que cada parte trata de justificar, pero que no hay pruebas de que la finalidad pretendida por las acusadas sea la de forzar la venta de los locales; el propietario ha manifestado su voluntad de vender y ha iniciado negociaciones con este objeto. IMTASA no ha precisado cuáles eran las diferencias finales que separaban a las partes ni ha comunicado a FORD ESPAÑA S.A. su voluntad de no vender y dar las negociaciones por terminadas. Y las empresas FORD tenían medios distintos de su propio incumplimiento contractual para conseguirlo.

En suma, creemos que aunque todos los contratos se firman con la esperanza de que se cumplan, las partes deben prever que esto no sea así, especialmente cuando sus contratos que generan prestaciones continuadas en el tiempo. Es parte del riesgo empresarial. Los incumplimientos contractuales, que se producen por motivos distintos, son parte del ordinario funcionamiento del mercado, correspondiendo al juez civil el tratamiento de la patología contractual. La LDC no garantiza el cumplimiento de los contratos ni la permanencia en el mercado de los empresarios que erraron en sus previsiones, en tanto el funcionamiento del mercado no se vea afectado, como ocurre cuando el incumplidor tiene una posición de dominio.

3. Descartado en este caso, tanto por el Servicio como por la mayoría, que los incumplimientos constituyan cualquier modalidad de abuso de posición dominante atribuible a cualquiera de las denunciadas o a ambas conjuntamente, creemos que tampoco son tipificables de acuerdo con los Arts. 1.1.e) y/o 7 LDC que son los invocados para la apertura de este expediente.

3.1. El Art. 1.1.e) prohíbe "la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos".

En primer lugar, el Art. 1 no se aplica a los acuerdos entre sociedades de un mismo grupo: FORD ESPAÑA S.A. (filial) y FORD CREDIT (sucursal) tienen personalidad y objeto social distintos, pero no consta si sus matrices pertenecen a un mismo grupo; aunque parece probable al utilizar ambas los mismos signos distintivos. La pertenencia a un mismo grupo es, quizá, la razón de la responsabilidad solidaria que se establece en la cuarta medida cautelar.

Por otra parte, no se han aportado pruebas de la existencia de un acuerdo expreso entre las dos empresas para coordinar sus conductas a fin de obligar a DATA a vender los locales mediante la presión sobre IMTASA; y no creemos que su existencia pueda inferirse de los datos antes resumidos. Hay que añadir ahora que cuando FORD CREDIT decide suspender la línea de crédito a IMTASA para la financiación de vehículos nuevos, de modo que cualquier financiación de unidades específicas habrá de contar con su expresa autorización, se limita a comunicar esta decisión a FORD ESPAÑA S.A., sin ninguna otra indicación o sugerencia (Doc. 21 de FORD ESPAÑA S.A.).

Por último, ambas sociedades FORD han renovado sus contratos con IMTASA en los primeros días de octubre de 1996, sin que DATA hubiese vendido los locales y sin que en los nuevos contratos se establezca como condición para su eficacia la venta en el futuro.

Si lo que se quiere decir es que FORD ESPAÑA S.A. y FORD CREDIT están condicionando la entrega de nuevos coches y su financiación indiscriminada a la venta de los locales -lo que tendría difícil encaje en el Art. 1.1.e)- es de observar que la única exigencia por parte de FORD ESPAÑA S.A. de que hay constancia en el expediente es la de que los coches pedidos se paguen al contado, como prevé el contrato, cualquiera que sea el pagador, sin que IMTASA, al suspender FORD CREDIT su financiación, haya ofrecido un pago alternativo, con fondos propios o ajenos. Y FORD CREDIT no ha ejercitado ninguna acción de resolución de los contratos de crédito o préstamo y ha renovado el contrato de apertura de crédito tres días antes de su vencimiento, permitiendo la supervivencia de IMTASA.

3.2. La aplicación del Art. 7 exige, en primer lugar, la existencia de una conducta desleal, que se quiere encontrar en este caso en el abuso de la situación de dependencia en que IMTASA dice encontrarse respecto de las dos compañías FORD (Art. 16.2 Ley Competencia Desleal). Es dudoso, en nuestra opinión, que se dé el supuesto de hecho contemplado en la norma,

que exige que las dependientes no tengan alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. FORD ESPAÑA S.A. no exige para entregar sus coches más que el pago al contado, como prevé el contrato; y FORD CREDIT, que no tiene ninguna exclusiva de financiación, no exige, para reanudar la plena financiación, más que la liquidación de los impagados y el restablecimiento o regularización de la situación patrimonial de IMTASA y no impide el recurso a cualquier otra entidad de crédito.

En segundo lugar, el Art. 7 exige que la conducta desleal falsee de manera sensible la competencia, esto es, que tenga entidad suficiente para alterar de manera significativa el desenvolvimiento regular del mercado.

No creemos que este segundo requisito, en cualquier caso, se cumpla: las conductas imputadas afectan a IMTASA pero no trascienden ni al mercado de venta de vehículos FORD en Madrid, en el que existen más de 20 concesionarios, y en el que IMTASA tiene el 14% de cuota de coches, y el 17'25% en vehículos industriales, según el F.D. 3.4 (menos falseará el comportamiento del mercado de vehículos de todas las marcas, que es el relevante), ni al mercado del crédito, en que opera FORD CREDIT.

Los discutidos incumplimientos contractuales, entendemos que no trascienden del ámbito privado de las personas vinculadas por los contratos de concesión y apertura de crédito, debiendo remitirse su enjuiciamiento al juez civil.

4. En resumen: con los datos existentes, que habrán de ser completados y depurados en el expediente, en nuestra opinión no existe, en este momento, una razonable probabilidad de que la resolución final sea condenatoria, por lo que no procede medida cautelar alguna.
5. Discrepamos también de las medidas específicas adoptadas.

5.1. Parece que la orden de suministrar vehículos o seguir financiando a IMTASA debe cumplirse en los términos prescritos por el Tribunal - "normalidad, buena fe y lealtad contractual"- conceptos jurídicos indeterminados que habrá de precisar en cada caso el Tribunal, en vez de atenerse a los términos con que se modulan en los complejos contratos de distribución y apertura de crédito que originariamente las establecieron. Con ello la Administración ha eliminado la voluntad contractual, aspecto del derecho de libre empresa, que puede ser limitado (y la LDC es una limitación) pero no sustituido por la Administración. El beneficiario proponía, para hacer frente a este problema, una tercera medida que no ha sido aceptada.

5.2. Para paliar la inseguridad jurídica que se ha creado sobre el cumplimiento de las nuevas obligaciones, el Tribunal probablemente recurrirá a los contratos para decidir, conforme a ellos, si su orden se ha incumplido. Si las nuevas obligaciones de financiación y entrega deben, en definitiva, cumplirse en los términos acordados, simplemente se está ordenando que los contratos se cumplan, lo que constituye un deber legal y no el contenido de una medida. La verdadera medida consiste en sancionar con multa un incumplimiento contractual al que la Ley civil únicamente atribuye el efecto de obligar a la indemnización de daños. Se ha penalizado (administrativamente) el incumplimiento de unos contratos libremente establecidos y teniendo las partes a la vista únicamente los efectos civiles de su incumplimiento.

5.3. La penalización del incumplimiento se hace respecto de una de las partes; el incumplimiento de la otra -IMTASA- queda libre de multa. Es más, aunque no pague al contado los coches que FORD ESPAÑA S.A. la suministre sin más límite que las necesidades de IMTASA, FORD ESPAÑA S.A. no podrá ejercer las facultades que la Ley civil atribuye a los contratantes en los contratos que generan obligaciones recíprocas, como son autorizar a las partes a no cumplir su prestación si la otra no lo hace (exceptio non adimpleti contractus) y a resolver el contrato por incumplimiento. Para ello tendrá que acudir al juez civil, a quien le corresponde decidir. Y FORD CREDIT tendrá que seguir financiando indiscriminadamente, aunque se exceda del límite de crédito fijado, pague o no IMTASA y cualquiera que sea su situación de riesgo.