

(.....)

Al ser tan clara la dicción del art. 34 no caben otras interpretaciones finalísticas ni analógicas, pues si la voluntad del legislador hubiera sido otra habría expresamente mencionado a los Grupos de empresas como susceptibles de ser incluidas en la categoría de operador principal, al igual que lo ha establecido en tantos otros campos del ordenamiento jurídico, pues no puede pensarse que en el momento presente y en los ámbitos de que se trata, se hubiera omitido inadvertidamente una realidad que está patente en ellos. No puede, por otra parte, hablarse de fraude de ley, pues la verdadera finalidad del precepto es evitar la coordinación de conductas de grandes operadores-personas físicas o jurídicas-en el mercado, y pudiera ocurrir que mediante el sistema de Grupos se distrajese esa finalidad, que podría llevar a excluir a los que autónomamente con personalidad jurídica se encuentran entre los cinco principales”.

De todas estas consideraciones podría deducirse que el Alto Tribunal considera que los grupos de sociedades como tales no pueden ser considerados “operadores principales”, y que pueden serlo, sin embargo, personas jurídicas y sociedades, ya sean de diferentes grupos o de un mismo grupo, en este último caso situándolas en apartados diferentes del “ranking”. En particular, así se deduciría del párrafo inmediatamente transcrito en el que se señala que «*pudiera ocurrir que mediante el sistema de Grupos se distrajese esa finalidad (la de “evitar la coordinación de conductas de grandes operadores-personas físicas o jurídicas en el mercado”), que podría llevar a excluir a los que autónomamente con personalidad jurídica se encuentran entre los cinco principales.*».

Sin embargo, esta conclusión, que supondría que se consideraría competidores a sociedades de un mismo grupo, sería errónea tanto desde una perspectiva de defensa de la competencia como por no atender a las propias consideraciones señaladas por el propio Alto Tribunal en relación con la segunda cuestión objeto de casación, pues al examinar la cuestión sobre la cuota de mercado que ha tenerse en cuenta, el Tribunal Supremo se expresa de la siguiente manera:

“La estimación del recurso de casación, permite examinar, ya como órgano judicial de primera instancia (art. 95.2.d LJ), la segunda perspectiva del problema a la que antes se hizo referencia, esto es, si para determinar el carácter de operador principal, debe computarse solo la cuota de mercado de la sociedad matriz, o deben tenerse en cuenta también las de los que constituyen el holding.

La respuesta debe ser afirmativa en consonancia con las corrientes dominantes en materia de la competencia, tan próximas al objetivo que se propone alcanzar el precepto indicado. Así, en primer lugar, el artículo 14 de la Directiva 2002/21/CE establece para determinar el peso significativo en el mercado de una empresa, no solo el suyo individualmente considerado, sino el conjunto con otras

