



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 18 de abril de 2013¹

Asunto C-115/12 P

**República Francesa
contra**

Comisión Europea

«Recurso de casación — Fondos Estructurales — Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) — Intervención estructural de la Unión en la región de Martinica en Francia — Reducción de la ayuda financiera — Artículo 2 de la Directiva 93/37/CEE — Contratos públicos — Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras — Subvención directa de un contrato de obras adjudicado por una entidad privada — Equipamientos deportivos, recreativos y de ocio — Trabajos de renovación y ampliación de una instalación hotelera de explotación privada»

I. Introducción

1. ¿En qué circunstancias deben someterse los proyectos privados de obras subvencionados o subsidiados considerablemente por el poder público a un procedimiento de adjudicación con arreglo a la normativa europea sobre contratación pública? En el presente procedimiento de casación, relativo al uso de recursos financieros procedentes de uno de los Fondos Estructurales europeos, se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre esta cuestión jurídica que, en gran medida, aún no ha sido dilucidada.
2. Los antecedentes del litigio están conformados por un proyecto privado de obras del año 2003 en la región francesa de Martinica, cuya finalidad fue la renovación y ampliación de un complejo vacacional explotado por una sociedad privada. Dicho proyecto fue financiado en más de un 50 % con dinero público procedente, entre otros, del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).
3. Cuando se puso de manifiesto que el mencionado proyecto de obras había sido ejecutado sin la tramitación previa de un procedimiento de adjudicación en el sentido de la normativa europea en materia de contratación pública, la Comisión Europea, mediante Decisión C(2010) 5229, de 28 de julio de 2010, decidió suprimir la participación financiera del FEDER en dicho proyecto² (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»), invocando a tal efecto el principio de que la asignación de recursos de los Fondos Estructurales europeos sólo puede concederse a proyectos acordes con las políticas de la UE, entre las que se encuentran las relativas al ámbito de la contratación pública. Desde entonces, Francia y la Comisión discuten sobre si la normativa sobre contratación pública exigía realmente llevar a cabo un procedimiento de adjudicación para la realización de las obras de renovación y ampliación del mencionado complejo vacacional privado.

1 — Lengua original: alemán.

2 — Decisión C(2010) 5229 de la Comisión Europea, de 28 de julio de 2010, relativa a la supresión de una parte de la ayuda del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) en virtud del documento único de programación del objetivo 1 relativo a una intervención estructural comunitaria en la región de Martinica en Francia.

4. En este contexto, resulta determinante dilucidar si el complejo vacacional del que se trata puede ser calificado de «equipamiento deportivo, recreativo y de ocio» en el sentido de la normativa sobre contratación pública. En efecto, concretamente en relación con tales equipamientos, las disposiciones del Derecho en materia de contratos públicos deberán aplicarse aun cuando su construcción haya sido contratada por entidades privadas, siempre que la financiación pública directa de dicho proyecto sea superior al 50 %.

5. Se plantea asimismo la cuestión de si las bonificaciones fiscales pueden ser consideradas subvenciones directas en el sentido de la normativa en materia de contratación pública.

II. Marco jurídico

6. El marco jurídico del presente asunto lo define la Directiva 93/37/CEE,³ cuyo artículo 2 rezaba como sigue:⁴

«1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los poderes adjudicadores cumplan o hagan cumplir lo dispuesto en la presente Directiva cuando subvencionen directamente más del 50 % de un contrato de obras adjudicado por otra entidad distinta.

2. El apartado 1 sólo se entenderá referido a los contratos de la clase 50, grupo 502 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE) y a los contratos de obras de construcción relativos a hospitales, a equipamientos deportivos, recreativos y de ocio, a edificios escolares y universitarios y a edificios de uso administrativo.»

7. Con carácter complementario, debe mencionarse el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37, cuyo tenor era el siguiente:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- a) *contratos públicos de obras*: los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras [...] o de una obra definida en la letra c), bien la realización [...] de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador.»

3 — Directiva del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54). Esta Directiva ha sido derogada en el interin y sustituida por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114), cuyo plazo de transposición concluyó el 31 de enero de 2006. No obstante, al presente asunto resulta aplicable aún la Directiva 93/37, dado que la concesión de la participación en la financiación del proyecto de renovación y ampliación de las instalaciones «Les Boucaniers» a cargo del FEDER se aprobó durante su ámbito de vigencia temporal.

4 — Una disposición esencialmente idéntica se recoge actualmente en el artículo 8 de la Directiva 2004/18, según el cual, la normativa se aplica, además de a los contratos de obras, también a los contratos de servicios, si bien en ambos casos únicamente por encima de determinados umbrales de financiación.

8. Las disposiciones de la Directiva 93/37 se aplican al caso de autos en virtud de la remisión hecha en el artículo 12 del Reglamento (CE) n° 1260/1999, en el que se recogen disposiciones generales sobre los Fondos Estructurales de la Unión.⁵ Bajo el título de «Compatibilidad», esta disposición establece lo siguiente:

«Las operaciones que sean financiadas por los Fondos, por el BEI o por otro instrumento financiero deberán ajustarse a las disposiciones del Tratado y de los actos adoptados en virtud de éste, así como a las políticas y acciones comunitarias, incluidas las correspondientes a las normas de competencia, a la contratación pública, a la protección y mejora del medio ambiente, a la eliminación de desigualdades y al fomento de la igualdad entre hombres y mujeres.»

III. Antecedentes del litigio

9. La Société martiniquaise des villages de vacances (SMVV) explota en la región francesa de Martinica el complejo vacacional «Les Boucaniers» del Club Méditerranée. En 2003, la SMVV acordó la renovación y ampliación de dicho complejo. El coste del proyecto se estimó en 49,98 millones de euros.

10. Este proyecto recibió una subvención de la región de Martinica por importe aproximado de 2,5 millones de euros y se benefició además de bonificaciones fiscales del Estado francés por una cuantía de aproximadamente 16,69 millones de euros.⁶ Mediante Decisión C(2004) 4142, de 18 de octubre de 2004, la Comisión Europea fijó la participación financiera del FEDER en 12,46 millones de euros, lo cual representa el 24,93 % del coste total subvencionable del proyecto.

11. Sin embargo, tras un control efectuado en el año 2007, el Tribunal Europeo de Cuentas criticó la ayuda financiera a cargo del FEDER concedida por la Comisión, al entender que su concesión había contravenido el artículo 2 de la Directiva 93/37, puesto que para las obras de renovación y ampliación del complejo vacacional «Les Boucaniers» no se había llevado a cabo ningún procedimiento de adjudicación, a pesar de que un total del 63,33 % del proyecto había sido financiado con ayudas procedentes de fondos públicos.

12. Las críticas formuladas por el Tribunal de Cuentas motivaron un largo intercambio de correspondencia y condujeron finalmente a que, mediante la Decisión impugnada, de 28 de julio de 2010, la Comisión decidiese suprimir totalmente la participación financiera del FEDER en el proyecto de renovación y ampliación del complejo vacacional «Les Boucaniers». Dado que dicho proyecto de obras había sido subvencionado como parte integrante de una programación única para las intervenciones estructurales de la Unión en la región de Martinica,⁷ la Decisión de la Comisión condujo, desde un punto de vista técnico, a la correspondiente reducción del alcance total de las intervenciones estructurales de la Unión en dicha región.

13. El recurso de anulación interpuesto por Francia el 11 de octubre de 2010 contra la Decisión impugnada no prosperó en primera instancia. En su sentencia de 16 de diciembre de 2011⁸ (en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), el Tribunal General desestimó por infundado el recurso de Francia y condenó a ésta al pago de las costas.

5 — Reglamento del Consejo, de 21 de junio de 1999, por el que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos Estructurales (DO L 161, p. 1).

6 — Estas bonificaciones fiscales se fundamentan en el artículo 199 *undecies* B I del Code général des impôts francés (Código General de Impuestos).

7 — Mediante Decisión notificada con el número C(2000) 3493, de 21 de diciembre de 2000, la Comisión había aprobado para el período 2000-2006 una participación financiera del FEDER por un importe de hasta 17,15 millones de euros en las intervenciones estructurales comunitarias en la región de Martinica, correspondientes al objetivo n° 1 en Francia, aprobadas en documento único de programación.

8 — Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2011, Francia/Comisión (T-488/10).

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

14. Mediante escrito de 1 de marzo de 2012, la República Francesa interpuso el presente recurso de casación contra la sentencia del Tribunal General. La República Francesa solicita al Tribunal de Justicia que:

- Anule en su totalidad la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de diciembre de 2011 en el asunto T-488/10, Francia/Comisión.
- Se pronuncie él mismo definitivamente sobre el litigio anulando la Decisión C(2010) 5229 de la Comisión, de 28 de julio de 2010, o que devuelva el asunto al Tribunal General.

15. La Comisión pretende, por su parte, que:

- Declare la inadmisibilidad de la segunda parte del primer motivo de casación y de la primera parte del tercer motivo de casación y, subsidiariamente, su carácter infundado, así como que desestime el recurso de casación.
- Se condene en costas a la recurrente.

16. El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia se sustanció por escrito y, el 11 de marzo de 2013, de forma oral.

V. Apreciación del recurso de casación

17. En su recurso de casación, Francia impugna la sentencia del Tribunal General basándose en tres motivos de casación con los que, por un lado, aborda el concepto de subvención directa y el concepto de equipamientos deportivos, recreativos y de ocio en el sentido del artículo 2 de la Directiva 93/37 (primer y tercer motivo de casación) y, por otro, imputa la desnaturalización de los hechos y una inadmisibles subsanación de la motivación de la Decisión impugnada (segundo motivo de casación). A continuación analizaré en primer lugar el segundo motivo de casación, para pasar, seguidamente, al examen de los motivos primero y tercero.

A. Segundo motivo de casación: imputación de desnaturalización de la Decisión impugnada y subsanación de su motivación

18. Mediante su segundo motivo de casación, Francia impugna la segunda frase del apartado 43 de la sentencia recurrida. En dicho pasaje de la sentencia, el Tribunal General declara que la Comisión partió de la finalidad general del complejo vacacional al analizar en la Decisión impugnada el proyecto de la completa renovación del complejo vacacional «Les Boucaniers».⁹

19. Francia reprocha al Tribunal General haber desnaturalizado la Decisión impugnada en ese punto y subsanado la motivación de la misma. Francia sostiene que, precisamente al adoptar la Decisión impugnada, la Comisión no se basó en la finalidad general del complejo vacacional, sino exclusivamente en la naturaleza de las obras realizadas. En apoyo de su postura, Francia se remite en particular a los considerandos trigésimo primero y trigésimo segundo de la Decisión impugnada.

⁹ — El tenor del apartado 43 de la sentencia recurrida en la lengua del procedimiento es el siguiente: «Il convient de rappeler que, afin d'examiner si les marchés de travaux en cause portaient sur des travaux de bâtiment relatifs aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs au sens de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/37, il y a lieu de se baser sur la vocation d'ensemble du club Les Boucaniers et non sur les travaux entrepris. À cet égard, il convient de relever que, en examinant, dans la décision attaquée, le projet consistant en une rénovation complète du club Les Boucaniers, la Commission a analysé l'applicabilité de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/37 en ce sens.»

20. Según jurisprudencia consolidada, en el marco de un recurso de anulación, en ningún caso puede el órgano jurisdiccional de la Unión sustituir la motivación del autor del acto impugnado por la suya propia.¹⁰ Dicho órgano jurisdiccional tampoco podrá desvirtuar el contenido del acto impugnado.¹¹

21. Por su contenido, la imputación de la desnaturalización de la Decisión impugnada y la imputación de la subsanación de la fundamentación de dicha Decisión en el presente asunto tienen, en definitiva, una esencia común. En ambos casos se reprocha al Tribunal General haber «extraído» de la Decisión impugnada algo que la misma no expresa. Por consiguiente, ambas imputaciones pueden someterse a una apreciación conjunta.

22. A mi parecer, la Comisión no expuso claramente su postura en la Decisión impugnada. Ciertamente, los considerandos trigésimo primero y trigésimo segundo de dicha Decisión se centran en cada una de las obras de ampliación y renovación del complejo vacacional «Les Boucaniers». Este extremo ha sido señalado acertadamente por Francia. Sin embargo, en la Decisión impugnada también se alude al proyecto como «proyecto único» o «proyecto conjunto» (considerandos vigésimo octavo y trigésimo primero de la Decisión impugnada).

23. Habida cuenta de ello, no puede excluirse que, al adoptar su Decisión, la Comisión, además de la naturaleza de las obras realizadas, también haya partido de la finalidad general del complejo vacacional «Les Boucaniers». Al menos, la Decisión impugnada está abierta a la interpretación en este sentido, por lo que, en definitiva, no puede imputarse al Tribunal General haber desvirtuado la Decisión con su lectura,¹² ni tampoco una subsanación de la motivación de la misma.

24. Por consiguiente, debe desestimarse el segundo motivo de casación.

B. Primer motivo de casación: Concepto de subvención directa en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 93/37

25. Mediante el primer motivo de casación, Francia reprocha al Tribunal General haber ignorado el concepto de subvención directa en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 93/37.

26. Este reproche se formula sobre la base de que la ayuda financiera concedida por el Estado francés para la renovación y ampliación del complejo vacacional «Les Boucaniers» no fueron subvenciones en dinero, sino bonificaciones fiscales, que, además –puntualiza Francia– no se concedieron a la sociedad Club Méditerranée como propietaria del complejo vacacional o a la SMVV como promotora de la obra, sino a las personas físicas que, en calidad de socias de una *société en nom collectif*¹³ privada, habían invertido en dicho proyecto de obras.¹⁴

10 — Sentencias de 27 de enero de 2000, DIR International Film y otros/Comisión, denominada «DIR» (C-164/98 P, Rec. I-447), apartados 38 y 49; de 1 de junio de 2006, P&O European Ferries (Vizcaya) y Diputación Foral de Vizcaya/Comisión (asuntos acumulados C-442/03 P y C-471/03 P, Rec. p. I-4845), apartados 60 y 67; de 22 de diciembre de 2008, British Aggregates/Comisión (C-487/06 P, Rec. p. I-10515), apartado 14, y de 24 de enero de 2013, Frucona Košice/Comisión (C-73/11 P), apartado 89.

11 — Según reiterada jurisprudencia, en el marco de un procedimiento de recurso de casación, el Tribunal de Justicia examina si el Tribunal General ha incurrido en una desnaturalización de los elementos fácticos o de prueba [véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de enero de 2007, PKK y KNK/Consejo (C-229/05 P, Rec. p. I-439), apartados 35 y 37; de 18 de julio de 2007, Industrias Químicas del Vallés/Comisión (C-326/05 P, Rec. p. I-6557), apartado 57, y de 9 de junio de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» y otros/Comisión (asuntos acumulados C-71/09 P, C-73/09 P y C-76/09 P, Rec. p. I-4727), apartados 152 y 153].

12 — Véase en este sentido –respecto a un documento que estaba abierto a varias interpretaciones– la sentencia de 10 de febrero de 2011, Activision Blizzard Germany/Comisión (C-260/09 P, Rec. p. I-419), apartado 54.

13 — La *société en nom collectif* (SNC) según el Derecho francés es una sociedad mercantil en la que los socios responden personalmente con todo su patrimonio.

14 — En cambio, la Comisión resalta que las bonificaciones fiscales fueron concedidas a la *société en nom collectif* como tal con vistas al proyecto de obras controvertido.

27. Francia se opone a que tales bonificaciones fiscales puedan considerarse una «subvención directa» en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 93/37, alegando, por un lado, que las mismas no tienen carácter de subvención y, por otro, que no implican ninguna subvención directa. Considero procedente comenzar el análisis abordando el examen de este último aspecto.

1. Sobre el concepto de subvención «directa» (segunda parte del primer motivo de casación)

28. La segunda parte del primer motivo de casación se centra en el concepto de subvención «directa» en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 93/37 y se dirige en particular contra los apartados 36 y 37 de la sentencia recurrida. Francia sostiene que el Tribunal General ha incurrido en un error de Derecho al considerar las bonificaciones fiscales del contrato de obras una subvención directa, a pesar de que dichas bonificaciones no fueron concedidas ni al promotor ni al propietario del complejo vacacional «Les Boucaniers», sino a los socios de una *société en nom collectif* privada.

a) Admisibilidad

29. La Comisión alega la inadmisibilidad de esta parte del primer motivo del recurso porque, a su juicio, la misma cuestiona la apreciación de los elementos fácticos y de prueba efectuada por el Tribunal General e introduce una línea argumentativa que Francia no había esgrimido en primera instancia.

30. Esta objeción no me convence.

31. La imputación formulada por Francia *no* se dirige contra las apreciaciones de hecho efectuadas por el Tribunal General respecto a la persona beneficiaria de las bonificaciones fiscales, máxime porque, en cualquier caso, dichas apreciaciones no fueron hechas en la sentencia recurrida. Francia critica más bien, por un lado, la interpretación que dicho Tribunal hace del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 93/37, y por otro lado, la calificación de subvención «directa» de las bonificaciones fiscales efectivamente concedidas. Esto implica, en definitiva, que únicamente se cuestiona la calificación jurídica de los hechos efectuada por el Tribunal general, cuyo control, según reiterada jurisprudencia, compete al Tribunal de Justicia en el marco del procedimiento de casación.¹⁵

32. En contra de la opinión sostenida por la Comisión, es asimismo irrelevante si en primera instancia Francia ya formuló o no alguna alegación concreta sobre la problemática de la subvención «directa». En efecto, ha quedado acreditado que, en los apartados 36 y 37 de la sentencia recurrida, el Tribunal General abordó esta cuestión. Las consideraciones hechas por el Tribunal General deben poder ser sometidas a análisis jurídico en el procedimiento de casación. La jurisprudencia reconoce que en el marco del procedimiento de casación, el Tribunal de Justicia está facultado para llevar a cabo una apreciación de la solución jurídica que se ha dado a los motivos objeto de debate ante los primeros jueces.¹⁶

15 — Sentencias de 1 de junio de 1994, Comisión/Brazzelli Lualdi y otros (C-136/92 P, Rec. p. I-1981), apartado 49; de 21 de septiembre de 2006, JCB Service/Comisión (C-167/04 P, Rec. p. I-8935), apartado 106; de 16 de julio de 2009, Comisión/Schneider Electric (C-440/07 P, Rec. p. I-6413), apartado 191, y de 19 de julio de 2012, Consejo/Zhejiang Xinan Chemical Industrial Group (C-337/09 P), apartado 55.

16 — Sentencias Comisión/Brazzelli Lualdi y otros, citada en la nota 15 *supra*, apartado 59; de 11 de diciembre de 2008, Comisión/Département du Loiret (C-295/07 P, Rec. p. I-9363), apartado 95, y de 16 de noviembre de 2011, Bank Melli Iran/Consejo (C-548/09 P, Rec. p. I-11381), apartado 122.

33. Puede ser que, en primera instancia, Francia no haya alegado la ausencia de una subvención directa *del promotor o del propietario* del complejo vacacional porque las bonificaciones fiscales habían sido concedidas a los socios privados de una *société en nom collectif*. No obstante, a este respecto basta señalar que las partes pueden desarrollar su argumentación en el transcurso del procedimiento, siempre que no modifiquen el objeto del litigio planteado ante el Tribunal General.¹⁷ Ahora bien, en el caso de autos nada hace temer tal modificación del objeto del litigio, puesto que sobre la cuestión relativa a la subvención directa en sí ya tuvo lugar un debate contradictorio en primera instancia.

34. Procede, por tanto, declarar la admisibilidad de la segunda parte del primer motivo de casación.

b) Fundamentación

35. Sin embargo, en cuanto al fondo, la alegación formulada por Francia carece de pertinencia.

36. El tenor del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 93/37 ya pone de manifiesto que la existencia de una «subvención directa» no depende de *a qué personas* se concede la ayuda financiera a cargo del presupuesto público. Al contrario, para que resulte aplicable el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 93/37 basta que *al contrato de obras* adjudicado por una entidad distinta a un poder adjudicador le sea asignada una subvención directa de más del 50 % por parte de uno o varios poderes adjudicadores. Dicho de otra forma, el concepto de subvención directa no parte de la persona, sino del objeto.

37. La interpretación particularmente restrictiva de subvención «directa» defendida por Francia facilitaría sobremanera la elusión del artículo 2 de la Directiva 93/37. Dicha interpretación permitiría a un poder adjudicador eludir las obligaciones que le impone la Directiva concediendo las subvenciones correspondientes a un contrato de obras no al promotor o al propietario del terreno edificable, sino a otras personas económicamente vinculadas a aquéllos.

38. En consecuencia, en los apartados 36 y 37 de la sentencia recurrida, el Tribunal General ha examinado con pleno acierto si *el proyecto* había recibido una subvención directa en el sentido del artículo 2 de la Directiva 93/37 y no si dicha subvención se había concedido concretamente al promotor o al propietario del complejo vacacional «Les Boucaniers».

c) Conclusión parcial

39. Por consiguiente, la segunda parte del primer motivo de casación es admisible pero infundada.

2. Sobre el concepto de «subvención» (primera parte del primer motivo de casación)

40. La primera parte del primer motivo de casación gira en torno al concepto de «subvención» en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 93/37 y se dirige en particular contra los apartados 24 a 35 de la sentencia recurrida. Francia sostiene que las bonificaciones fiscales no pueden considerarse subvenciones en el sentido de dicha disposición.

41. El concepto de subvención no se define con más detalle en la Directiva 93/37. De manera similar a otros muchos conceptos jurídicos indeterminados, este concepto también es susceptible de diferentes contenidos en función del ámbito del Derecho de la Unión de que se trate. Así, por ejemplo, las disposiciones en materia de protección del mercado interior europeo frente a importaciones subvencionadas originarias de terceros países incluyen expresamente en el concepto de subvención

17 — Sentencias de 20 de octubre de 1994, Scaramuzza/Comisión (C-76/93 P, Rec. p. I-5173), apartado 18; PKK y KNK/Consejo, citada en la nota 11 *supra*, apartado 64; de 15 de abril de 2010, Gualtieri/Comisión (C-485/08 P, Rec. p. I-3009), apartado 37, y de 18 de noviembre de 2010, NDSHT/Comisión (C-322/09 P, Rec. p. I-11911), apartado 41.

también las bonificaciones fiscales.¹⁸ Por el contrario, en el Derecho de la competencia, las bonificaciones fiscales se incluyen dentro del concepto amplio de ayuda de Estado,¹⁹ pero no del concepto más restringido de subvención;²⁰ en el marco del Derecho de la competencia, éste último sólo comprende las ayudas directas.

42. Por lo tanto, para llenar de contenido el artículo 2 de la Directiva 93/37, deberá determinarse autónomamente por vía interpretativa el significado del concepto de subvención que figura en el mismo.

43. Sin duda, tanto los objetivos como el contexto normativo en que se enmarca el artículo 2 de la Directiva 93/37 constituyen en sí mismos argumentos a favor de una interpretación amplia del concepto de subvención, que no se ve necesariamente constreñido a las ayudas directas del Estado, sino que también puede incluir incentivos de otra naturaleza, como, por ejemplo, las bonificaciones fiscales controvertidas en el presente asunto. Así lo señaló acertadamente el Tribunal General en su sentencia.²¹

44. Ahora bien, la interpretación del artículo 2 de la Directiva 93/37 no puede apoyarse únicamente en los objetivos y el contexto normativo de dicha disposición, sino que también debe tener en cuenta su génesis. A mi juicio, el Tribunal General parece haber inferido específicamente de esta génesis las conclusiones erróneas.

45. Mediante el artículo 1 *bis* de la Directiva 71/305/CEE,²² en la redacción dada por la Directiva 89/440/CEE,²³ la regulación contenida en el artículo 2 de la Directiva 93/37 se introdujo en el Derecho europeo en materia de contratos públicos de obras.²⁴

46. Respecto al artículo 1 *bis* de la Directiva 71/305, merece atención el hecho de que, inicialmente, tanto la Comisión como el Parlamento Europeo se habían decantado por una formulación muy amplia que no se limitaba a las meras subvenciones directas. De acuerdo con este planteamiento, la Comisión propuso que el artículo 1 *bis* abarcase todas las modalidades de financiación directa e indirecta de los

18 — Artículo 3 del Reglamento (CE) n° 597/2009 del Consejo, de 11 de junio de 2009, sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Comunidad Europea (DO L 188, p. 93).

19 — Así, en la sentencia de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión (173/73, Rec. p. 709), apartado 28, se precisó que una medida no queda excluida del ámbito de aplicación del artículo 107 TFUE (antiguo artículo 92 del Tratado CEE) sólo por el hecho de que pueda tener carácter fiscal; véase asimismo la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, Rec. p. I-10821), apartados 58 y 66.

20 — El hecho de que el concepto de subvención es más estrecho que el de ayuda estatal se desprende, entre otras, de las sentencias de 23 de febrero de 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridad (30/59, Rec. pp. 3 y ss., especialmente p. 43), apartado 43; de 14 de septiembre de 2004, España/Comisión (C-276/02, Rec. p. I-8091), apartado 24, y de 8 de septiembre de 2011, Comisión/Países Bajos (C-279/08 P, Rec. p. I-7671), apartado 86.

21 — Véanse, en particular, los apartados 32 y 33 de la sentencia recurrida.

22 — Directiva del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5).

23 — Directiva del Consejo, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obras (DO L 210, p. 1).

24 — La sentencia recurrida menciona erróneamente el artículo 1 *bis* de la Directiva 89/440, cuando, en realidad, se trata del artículo 1 *bis* de la Directiva 71/305, en la redacción dada por la Directiva 89/440.

contratos de obras.²⁵ La Posición del Parlamento con respecto al artículo 1 *bis* aprobada en primera lectura partía asimismo de este concepto muy amplio de financiación. Dicha Posición recogía incluso una definición del concepto de financiación que, además de las subvenciones públicas, incluía expresamente la concesión de ventajas fiscales.²⁶

47. En cambio, la redacción del artículo 1 *bis* de la Directiva 71/305 adoptada finalmente por el Consejo ya no alude con carácter general a la financiación de los contratos de obras, sino que se limita exclusivamente a mencionar la subvención directa de dichos contratos por los poderes adjudicadores.

48. Así pues, el Consejo, legislador comunitario en aquella fecha, optó –en contra de la Propuesta de la Comisión y de la Posición aprobada en primera lectura por el Parlamento– por una formulación más restringida del artículo 1 *bis* de la Directiva 71/305, evitando el término «financiación» y limitándose a regular el supuesto de que los poderes adjudicadores subvencionen directamente más del 50 % de un contrato de obras.

49. Nada distinto se desprende de la declaración conjunta del Consejo y la Comisión que, con motivo de la aprobación del artículo 1 *bis* de la Directiva 71/305 se adjuntó a las actas del Consejo. Si bien en dicha declaración se reafirma que el artículo 1 *bis* deberá comprender «todas las diferentes formas de subvención directa»,²⁷ nada permite inducir de la misma que, más allá de las subvenciones directas, el ámbito de aplicación del artículo 1 *bis* se extienda asimismo a otras ventajas como, por ejemplo, las bonificaciones fiscales, o que tales bonificaciones deben considerarse subvenciones directas, como asevera la Comisión en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia.

50. Habida cuenta de estas consideraciones, resulta poco convincente la interpretación defendida por el Tribunal General²⁸ y la Comisión, según la cual, la finalidad de la alusión a una subvención directa hecha en el artículo 1 *bis* de la Directiva 71/305 es «clara y exclusivamente» excluir las subvenciones indirectas, sin que ello suponga cualquier otra limitación del ámbito de aplicación de dicha disposición. En efecto, esta interpretación no permite explicar por qué el Consejo redujo el tenor del artículo 1 *bis* de la Directiva 71/305 específicamente a las subvenciones y optó por no mantener el concepto inicial y mucho más general de financiación.

51. A la luz de esta génesis, el concepto de subvención directa que figura en el artículo 2 de la Directiva 93/37, disposición que, con idéntico contenido, sustituye al artículo 1 *bis* de la Directiva 71/305, difícilmente puede entenderse en sentido tan amplio que incluya las bonificaciones fiscales. No existen indicios suficientes para afirmar que la voluntad del legislador haya sido basarse en un concepto tan amplio de subvención.

52. Por consiguiente, el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al incluir las meras bonificaciones fiscales en el ámbito de aplicación del artículo 2 de la Directiva 93/37, obviando la génesis de la disposición anteriormente expuesta.

25 — El apartado 1 del artículo 2 *bis* de la Propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obras [COM(86) 679 final] tenía el siguiente tenor: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se respeten las disposiciones de la presente directiva, cuando las inversiones para contratos de trabajo celebrados por entidades distintas de las que figuran en el artículo 1, apartado b), se financien en todo o en parte, directa o indirectamente, con fondos públicos.»

26 — En primera lectura, el Parlamento se pronunció a favor de la siguiente formulación del artículo 2 *bis* de la Directiva 71/305 (DO 1988, C 167, p. 65): «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se cumplan las disposiciones de la presente Directiva, en caso de que los poderes adjudicadores [...] financien mayoritariamente las inversiones para contratos de obras adjudicados por entidades distintas de las definidas en la letra b) del artículo 1. Se entiende por financiación: [...] el ingreso de subvenciones públicas [...] las bonificaciones de intereses sobre los préstamos concedidos [...] la concesión de ventajas fiscales [...] la concesión de ventajas inmobiliarias.»

27 — Esta declaración anexa a las actas establece lo siguiente: «El Consejo y la Comisión confirman que al aplicar el artículo 1 *bis*, debería tenerse en cuenta, en la medida de lo posible, todas las formas de subvención indirecta, incluidas las de origen comunitario, concedidas a las obras de que se trate.»

28 — Sentencia recurrida, apartado 35 *in fine*.

53. De lo anterior se deduce que la primera parte del primer motivo de casación es fundada. Éste es motivo suficiente para justificar la anulación de la sentencia recurrida. En efecto, si no se computan las bonificaciones fiscales concedidas por el Estado francés para la renovación y ampliación del complejo vacacional «Les Boucaniers», la parte de este proyecto de obras subvencionada directamente a cargo de los fondos públicos queda por debajo del umbral del 50 % previsto en el artículo 2 de la Directiva 93/37.²⁹

C. Tercer motivo de casación: «Equipamientos deportivos, recreativos y de ocio» en el sentido del artículo 2, apartado 2 de la Directiva 93/37

54. El tercer motivo de casación formulado por Francia se centra en el concepto de «equipamientos deportivos, recreativos y de ocio» en el sentido del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37. Francia reprocha al Tribunal General haber interpretado este concepto de manera excesivamente amplia y haber obviado que la disposición mencionada sólo contempla los contratos de obras que, por un lado, están destinadas a satisfacer las necesidades colectivas de los usuarios de equipamientos deportivos, recreativos y de ocio (véase, a continuación, el epígrafe 1) y, que, por otro lado, presentan un interés económico directo para el poder adjudicador (véase, más adelante, el epígrafe 2).

1. Sobre la relevancia de las necesidades colectivas de los usuarios de equipamientos deportivos, recreativos y de ocio (primera parte del tercer motivo de casación)

55. Mediante la primera parte del tercer motivo de casación se impugnan los apartados 56 a 63 de la sentencia recurrida. Francia denuncia que el Tribunal General ha ignorado que sólo pueden considerarse equipamientos deportivos, recreativos y de ocio en el sentido del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37 aquellas instalaciones destinadas a satisfacer las necesidades colectivas de sus usuarios.

a) Admisibilidad

56. La Comisión entiende que esta primera parte del tercer motivo de casación es inadmisibles porque, en el procedimiento de primera instancia, Francia no adujo ningún argumento relativo a las «necesidades colectivas de los usuarios» de equipamientos deportivos, recreativos y de ocio, sino que se basó en el criterio de las «necesidades tradicionales de los poderes adjudicadores».

57. Esta objeción es infundada. Es cierto que en primera instancia –en cualquier caso, durante la fase escrita del procedimiento– Francia no invocó el criterio de las «necesidades colectivas de los usuarios», sino que inicialmente abogó por que el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37 sólo se aplicase a los contratos que, por su naturaleza, estén comprendidos en el ámbito de las necesidades tradicionales de los poderes adjudicadores. Con todo, la alusión que hace ahora Francia a las necesidades colectivas de los usuarios no es sino un desarrollo de su línea argumentativa que no modifica el objeto del litigio y, por ende, es admisible en el procedimiento de casación.³⁰

58. Por consiguiente, la primera parte del tercer motivo de casación es admisible.

29 — Véanse al respecto los puntos 9 a 11 de las presentes conclusiones.

30 — Véase al respecto la jurisprudencia citada en la nota 17 *supra*.

b) Fundamentación

59. En el marco de la primera parte del tercer motivo de casación, las partes discuten, en esencia, sobre si el concepto de equipamientos deportivos, recreativos y de ocio que figura en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37 debe definirse en sentido restrictivo o en sentido amplio.

60. En la sentencia recurrida, el Tribunal General optó por una interpretación amplia, a la que calificó de «interpretación funcional».³¹ Según esta interpretación, los contratos de obras relacionados con complejos vacacionales privados como el del Club Méditerranée «Les Boucaniers» también quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa en materia de contratación pública siempre que los poderes adjudicadores subvencionen directamente más del 50 % de dichos contratos.

61. Esta interpretación del concepto de equipamientos deportivos, recreativos y de ocio no resulta convincente.

i) La necesidad de una interpretación restrictiva del concepto de equipamientos deportivos, recreativos y de ocio

62. Puede que, a primera vista, el tenor literal del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37 también incluya complejos vacacionales privados como el controvertido en el presente asunto. Sin embargo, esta conclusión queda desvirtuada a la luz de la finalidad del artículo 2 de la Directiva 93/37 y del contexto en el que esta disposición enmarca dichos equipamientos deportivos, recreativos y de ocio en el ámbito de aplicación de la Directiva.

63. El artículo 2 de la Directiva 93/37 no supone una extensión generalizada de la normativa en materia de contratos públicos de obras a todos los proyectos de obras privados sólo por que estén subvencionados en más de un 50 % con fondos públicos.

64. Antes bien, el artículo 2 de la Directiva 93/37 simplemente contribuye a evitar que las disposiciones sobre contratos públicos de obras y los objetivos perseguidos por las mismas sean eludidos en sectores específicos.³² Ésta es la razón por la que el artículo 2 incluye en el ámbito de aplicación de la Directiva los contratos privados de obras adjudicados precisamente en estos sectores, siempre que los proyectos estén subvencionados directamente en más del 50 % por los poderes adjudicadores. De la formulación «sólo se entenderá referido a» empleada en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37 se infiere claramente que no se trata de una regulación susceptible de generalización, sino de una enumeración exhaustiva.

65. Por otra parte, la comparación con los demás sectores mencionados en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37 evidencia que se trata exclusivamente de contratos relacionados con la infraestructura de transporte³³ o de contratos de obras de construcción de edificios a disposición del público (escuelas, universidades, hospitales) o que serán utilizados por el propio poder adjudicador (edificios de uso administrativo).

31 — Véase la sentencia recurrida, en particular, el apartado 30 *in fine* y el apartado 59.

32 — Véanse las conclusiones del Abogado General Léger de 7 de diciembre de 2000, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi y otros (sentencia de 12 de julio de 2001, C-399/98, Rec. p. I-5409), punto 106; véase asimismo el apartado 30 de la sentencia recurrida.

33 — Estos son los contratos en el sentido de la clase 50, grupo 502, de la «Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas» (NACE) a los que se refiere el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37.

66. En este contexto, el concepto de equipamientos deportivos, recreativos y de ocio que figura en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37 también debe interpretarse de manera restrictiva, tal y como, por lo demás, el Tribunal de Justicia ya ha hecho con otras disposiciones del Derecho europeo en materia de contratación pública.³⁴ En contra de la opinión sostenida por la Comisión, este modo de proceder no implica, en absoluto, «extraer» del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37 un criterio adicional no previsto por el legislador de la Unión. Al contrario, sólo una interpretación restrictiva del concepto de equipamientos deportivos, recreativos y de ocio se atiene al objetivo y al contexto normativo en el que el legislador de la Unión emplea este concepto en la Directiva 93/37. Así lo ha señalado Francia con buen criterio.

ii) Criterios para una interpretación restrictiva del concepto de equipamientos deportivos, recreativos y de ocio

67. A pesar de que Francia tiene razón cuando afirma que el concepto de equipamientos deportivos, recreativos y de ocio empleado en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37 debe ser interpretado restrictivamente, dudo que los criterios propuestos por este Estado miembro marquen una pauta adecuada para tal interpretación.

68. A mi juicio, el criterio de la «satisfacción de los intereses colectivos de los usuarios» de los equipamientos deportivos, recreativos y de ocio en el que se basa Francia en el presente procedimiento de casación resulta demasiado vago como para constituir un parámetro adecuado para la interpretación y aplicación del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37. A ello se añade que, por regla general, la mayoría de las instalaciones mencionadas en dicha disposición (escuelas, universidades, hospitales, e incluso los equipamientos deportivos, recreativos y de ocio) están destinados a satisfacer (al menos, también) las necesidades individuales de sus usuarios.³⁵ Sin embargo, en definitiva, el aspecto determinante no es tanto si se satisfacen intereses «individuales» o «colectivos» de los usuarios, sino si la puesta a disposición de las construcciones correspondientes responde a un interés público.

69. Tampoco me parece adecuado el criterio de las «necesidades tradicionales de los poderes adjudicadores», propuesto por Francia en primera instancia. Dicho criterio se amolda excesivamente a las funciones tradicionales de las entidades públicas y pasa por alto el hecho de que, con el tiempo, estas funciones pueden cambiar o ampliarse. Una interpretación razonable del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37 también debe tener en cuenta este aspecto.

70. Habida cuenta de estas consideraciones, propongo interpretar el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37 en el sentido de que el mismo sólo incluye contratos privados de obras que son financiados por los poderes adjudicadores con el fin de cumplir sus funciones en el marco de los *servicios de interés general*. El concepto de servicios de interés general es un concepto frecuente en el Derecho de la Unión,³⁶ que, además, es suficientemente abierto y permite, por un lado, respetar las diferentes necesidades en cada uno de los Estados miembros y de sus numerosos entes territoriales y, por otro, responder a los cambios que afecten a la esfera de las funciones de las entidades públicas. Esta interpretación permitiría asimismo garantizar la coherencia entre la normativa sobre contratación pública y el Derecho europeo de la competencia.

34 — Véase, por ejemplo, la limitación del concepto de contrato público llevada a cabo en reiterada jurisprudencia con exclusión de las denominadas operaciones cuasi internas, como la recogida en la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121), apartado 50, segunda frase.

35 — La visita a un hospital depende del estado de salud del respectivo usuario y, por lo tanto, es de carácter sumamente individual. Del mismo modo, el hecho de frecuentar centros de formación depende, total o parcialmente, de las capacidades individuales y las preferencias de cada individuo.

36 — Véase, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión «Los servicios de interés general en Europa» (DO 2001, C 17, p. 4) así como el Informe «Los servicios de interés general», presentado por la Comisión al Consejo Europeo de Laeken [COM(2001) 598 final].

71. Aun cuando en el caso de autos ni Francia ni la Comisión formularon ningún pronunciamiento concreto a favor del criterio de los servicios de interés general, tal circunstancia no impide al Tribunal de Justicia basar la interpretación y aplicación del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37 precisamente en dicho criterio. En efecto, el juez no es «la voz de las partes».³⁷ Por lo tanto, no puede atenerse únicamente a las alegaciones formuladas por éstas en apoyo de sus pretensiones, so pena de verse obligado, en su caso, a fundar su decisión en consideraciones jurídicas erróneas.³⁸

72. Por lo tanto, si se interpreta el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37 en el sentido de que *no todos* los equipamientos deportivos, recreativos y de ocio están comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha disposición, sino sólo aquéllos destinados a la prestación de servicios de interés general –como, por ejemplo, jardines a los que tiene acceso el público, instalaciones deportivas, bibliotecas y museos–, el Tribunal General ha incurrido en un error de Derecho en el caso de autos.

73. Por lo tanto, la primera parte del tercer motivo de casación es fundada.

2. Sobre el interés económico directo del poder adjudicador (segunda parte del tercer motivo de casación)

74. Mediante la segunda parte del tercer motivo de casación, Francia impugna especialmente el apartado 64 de la sentencia recurrida. En su opinión, el Tribunal General ha incurrido en un error de Derecho al considerar que el concepto de contratos de obras a efectos del artículo 2 de la Directiva 93/37 debía interpretarse de forma independiente respecto del concepto de contratos públicos de obras en el sentido del artículo 1, letra a), de esta Directiva. Francia sostiene que tanto el artículo 1, letra a), como el artículo 2 de la Directiva 93/37 comprenden únicamente contratos de obras que presentan un interés económico directo para el poder adjudicador.

75. Los argumentos aducidos por Francia son convincentes.

76. La única diferencia entre los contratos de obras en el sentido del artículo 2 de la Directiva 93/37 y los contratos contemplados en el artículo 1, letra a), de dicha Directiva consiste en que los primeros no los adjudican los *poderes adjudicadores*, sino *otras entidades distintas* –sobre todo empresas privadas–, con una subvención directa de más del 50 % por parte de los poderes adjudicadores.

77. Por otra parte, con la expresión «contratos de obras», el tenor del artículo 2 de la Directiva 93/37 ya se remite a la definición recogida en el artículo 1, letra a), aplicable a toda la Directiva, y de la que depende fundamentalmente el ámbito de aplicación material de la misma.

78. Los objetivos perseguidos por el artículo 2 de la Directiva 93/37 también avalan una interpretación del concepto de contrato de obras acorde con la definición general recogida en el artículo 1, letra a), de la Directiva. En efecto, mediante el artículo 2 de la Directiva se pretende evitar la elusión del Derecho europeo en materia de contratos públicos de obras disponiendo la intervención de entidades privadas.³⁹ Por consiguiente, el artículo 2 no puede incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva otros contratos de obras distintos de los que también quedarían sujetos a un procedimiento de adjudicación si fuesen adjudicados directamente por un poder adjudicador en lugar de por una entidad privada.

37 — En este sentido se pronunció asimismo el Abogado General Léger en sus conclusiones presentadas el 2 de abril de 1998 en el asunto Parlamento/Gutiérrez de Quijano y Lloréns (C-252/96 P, Rec. p. I-7421), punto 36.

38 — Véase, en este sentido, el auto del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 2004, UER/M6 y otros (C-470/02 P), apartado 69, y la sentencia de 21 de septiembre de 2010, Suecia/API y Comisión (asuntos acumulados C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P, Rec. p. I-8533), apartado 65.

39 — Véase el punto 64 de las presentes conclusiones.

79. Por lo tanto, si en el supuesto ordinario, la existencia de un contrato de obras en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 exige que las obras realizadas entrañen un beneficio económico directo para el poder adjudicador,⁴⁰ esto mismo regirá *a fortiori* en el supuesto especial del artículo 2 de la Directiva 93/37, es decir, las obras realizadas sólo podrán incluirse en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/37 cuando presenten un interés económico directo para los poderes adjudicadores que las subvencionan directamente en más del 50 %.

80. Como ha señalado el Tribunal de Justicia, un interés económico directo puede existir, en particular, cuando se dispone que el poder adjudicador asumirá la propiedad o dispondrá de un derecho de uso de la obra proyectada o cuando obtenga ventajas económicas o asuma riesgos relacionados con el uso futuro de la obra.⁴¹ Nada de esto puede presumirse en un caso como el presente, en el que, en el marco de subvenciones estructurales, un proyecto de obras privado simplemente recibió ayuda financiera de los poderes adjudicadores.

81. El mero hecho de que un proyecto de obras privado pueda redundar en beneficio del desarrollo económico de una región, como puede ser el caso de la renovación y ampliación de un complejo vacacional privado, no basta, sin embargo, para afirmar la existencia de un interés económico directo de aquellas entidades públicas que han subvencionado directamente dicho proyecto de obras. Las entidades públicas subvencionadoras tienen, como máximo, un interés económico *indirecto* en las obras realizadas.

82. Por lo tanto, también a este respecto el Tribunal General ha incurrido en un error de Derecho al interpretar y aplicar el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37. Por consiguiente, también considero fundada la segunda parte del tercer motivo de casación.

3. Observación final sobre el tercer motivo de casación

83. Respecto a ambas partes del tercer motivo de casación, la Comisión alega asimismo que una interpretación amplia del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37, como la llevada a cabo por el Tribunal General, obedece al objetivo de garantizar una concesión imparcial de los fondos públicos.⁴²

84. Admito que este aspecto forma parte de los objetivos perseguidos por la normativa europea en materia de contratación pública. Con todo, la observancia de este objetivo no puede conducir a una interpretación extensiva del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37 contraria al sistema. En aras de la consecución de este objetivo, el legislador ha optado por someter no todos, sino solamente determinados proyectos de obras privados a las disposiciones de la Directiva 93/37.

40 — En este sentido, véanse las sentencias de 25 de marzo de 2010, Helmut Müller (C-451/08, Rec. p. I-2673), apartados 49, 54, 57 y 58), y de 15 de julio de 2010, Comisión/Alemania (C-271/08, Rec. p. I-7091), apartado 75, relativas a la normativa que sustituyó a la Directiva 93/37 recogida en la Directiva 2004/18.

41 — Véase la sentencia Helmut Müller, citada en la nota 40 *supra*, apartados 50 a 52. El Abogado General Wathelet ha examinado recientemente el criterio del interés económico directo en sus conclusiones de 11 de abril de 2013, presentadas en el asunto Comisión/Países Bajos, C-576/10, puntos 108 a 113; véanse asimismo las conclusiones del Abogado General Mengozzi de 17 de noviembre de 2009, presentadas en el asunto Helmut Müller, citado en la nota 40 *supra*.

42 — La Comisión se remite al apartado 31 de la sentencia recurrida.

85. Con carácter adicional ha de señalarse que las libertades fundamentales del mercado interior europeo –en concreto, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios– ya prevén una prohibición de discriminación, del que también se infiere una obligación de transparencia.⁴³ Estos principios impiden a los poderes adjudicadores, incluso fuera del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, subvencionar o financiar con fondos públicos contratos privados de obras de forma opaca o discriminatoria. Para ello no se requiere una interpretación extensiva del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/37.

D. *Resumen*

86. Dado que la primera parte del primer motivo y ambas partes del tercer motivo de casación son fundadas, procede anular la sentencia recurrida.

VI. Resolución sobre el litigio en primera instancia

87. Con arreglo al artículo 61, párrafo primero, de su Estatuto, el Tribunal de Justicia podrá o bien resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita, o bien devolver el asunto al Tribunal General para que este último resuelva.

88. En el caso de autos, el Tribunal General examinó en su sentencia todos los motivos aducidos por Francia en el procedimiento de primera instancia. Además, en el procedimiento ante el Tribunal General y en el procedimiento de casación ante el Tribunal de Justicia, las partes tuvieron la oportunidad de intercambiar sus puntos de vista sobre todos los aspectos relevantes para la decisión de este litigio. Los hechos no requieren mayores aclaraciones. Por consiguiente, el estado del litigio permite que se dicte sentencia definitiva.

89. En caso de que el artículo 2 de la Directiva 93/37 se interprete y aplique como he propuesto en el marco de los motivos de casación primero y tercero,⁴⁴ el recurso de anulación interpuesto por Francia es fundado. En efecto, por un lado, la subvención directa del complejo vacacional privado «Les Boucaniers» no superó el umbral del 50 % si no se computan las bonificaciones fiscales concedidas por el Estado francés. Por otro lado, dicho complejo vacacional no puede considerarse un equipamiento deportivo, recreativo o de ocio en el sentido del artículo 2 de la Directiva 93/37. Aun suponiendo que los habitantes locales de Martinica utilicen esporádicamente –como visitantes de un solo día y abonando un precio de entrada– la oferta recreativa del complejo vacacional, ello no privaría a dicho complejo de su carácter de instalación hotelera, destinada a satisfacer intereses puramente privados y no a prestar servicio alguno de interés general.

90. Por consiguiente debe anularse la Decisión de la Comisión impugnada (artículo 264 TFUE, párrafo primero).

43 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress* (C-324/98, Rec. p. I-10745), apartados 60 a 62; de 21 de julio de 2005, *Coname* (C-231/03, Rec. p. I-7287), apartados 16 y 17, y de 13 de abril de 2010, *Wall* (C-91/08, Rec. p. I-2815), apartado 68.

44 — Véanse los puntos 54 a 82 de las presentes conclusiones.

VII. Costas

91. A tenor del artículo 184, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Justicia decidirá sobre las costas cuando el recurso de casación sea fundado y dicho Tribunal resuelva definitivamente sobre el litigio.⁴⁵

92. A tenor del artículo 138, apartado 1, en relación con el artículo 184, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte.

93. En el recurso de anulación interpuesto en primera instancia Francia solicitó que se condenase en costas a la Comisión. Al haber sido desestimadas las pretensiones de la Comisión en el marco de dicho recurso de anulación, ésta deberá cargar con las costas del procedimiento en primera instancia.

94. En cambio, en el procedimiento de casación Francia no formuló pretensión alguna respecto a las costas. Por consiguiente, resulta equitativo que ambas partes deban soportar sus propias costas.

VIII. Conclusión

95. En virtud de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que se pronuncie en el siguiente sentido:

- 1) Anular la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de diciembre de 2011 en el asunto T-488/10, Francia/Comisión.
- 2) Declarar la nulidad de la Decisión C (2010) 5229 de la Comisión Europea, de 28 de julio de 2010.
- 3) Condenar a la Comisión Europea al pago de las costas de la primera instancia. Decidir, por lo demás, que cada parte cargue con sus propias costas.

45 — Con arreglo al principio general de que las nuevas normas de procedimiento son aplicables a todos los litigios pendientes en el momento de su entrada en vigor [reiterada jurisprudencia; véase, por ejemplo, la sentencia de 12 de noviembre de 1981, *Meridionale Industria Salami* y otros (212/80 a 217/80, Rec. p. 2735), apartado 9], la decisión sobre las costas en el presente caso se rige por el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012, que entró en vigor el 1 de noviembre de 2012 [véase también, en el mismo sentido, la sentencia de 15 de noviembre de 2012, *Consejo/Bamba* (C-417/11 P), apartados 91 y 92. No obstante, en cuanto al contenido, no existen diferencias respecto al artículo 69, apartado 2, en relación con los artículos 118 y 122, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1991.