SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

de 30 de septiembre de 2003 *

En el asunto C-47/02,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht (Alemania), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Albert Anker,

Klaas Ras,

Albertus Snoek

y

Bundesrepublik Deutschland, representada por la Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord,

una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 39 CE, apartado 4,

* Lengua de procedimiento: alemán.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por el Sr. G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente, los Sres. J.-P. Puissochet, M. Wathelet (Ponente), R. Schintgen y C.W.A. Timmermans, Presidentes de Sala, los Sres. C. Gulmann, D.A.O. Edward, A. La Pergola, P. Jann y V. Skouris, las Sras. F. Macken y N. Colneric y los Sres. S. von Bahr, J.N. Cunha Rodrigues y A. Rosas, Jueces;

Abogado General: Sra. C. Stix-Hackl;
Secretaria: Sra. M.-F. Contet, administradora principal;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

— en nombre de las partes demandantes en el litigio principal, por el Sr. P. Slabschi, Rechtsanwalt;

— en nombre de la parte demandada en el litigio principal y del Gobierno alemán, por los Sres. W.-D. Plessing y M. Lumma, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno danés, por los Sres. J. Molde y J. Bering Liisberg, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno francés, por el Sr. G. de Bergues y la Sra. C. Bergeot-Nunes, en calidad de agentes;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. D. Martin y H. Kreppel, en calidad de agentes;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de las partes demandantes en el litigio principal, representadas por el Sr. P. Slabschi; de la parte demandada en el litigio principal, representada por la Sra. B. Karsten, Regierungsrätin; del Gobierno alemán, representado por el Sr. M. Lumma; del Gobierno francés, representado por el Sr. G. de Bergues y la Sra. C. Bergeot-Nunes, y de la Comisión, representada por la Sra. I. Martínez del Peral, en calidad de agente, y el Sr. H. Kreppel, expuestas en la vista de 21 de enero de 2003;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 12 de junio de 2003;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante resolución de 31 de enero de 2002, recibida en el Tribunal de Justicia el 19 de febrero siguiente, el Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht planteó, con arreglo al artículo 234 CE, una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 39 CE, apartado 4.

2 Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre los Sres. Anker, Ras y Snoek, de nacionalidad neerlandesa, y la Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord (Dirección de vías fluviales y navegación del norte), relativo al acceso a los empleos de capitán de buque de pesca que enarbole pabellón alemán.

Marco jurídico

Disposiciones comunitarias

3 En virtud del artículo 39 CE:

«1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;

b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;

c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;

d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión.

4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública.»

Disposiciones internacionales

4 La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, firmada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, contiene, en su parte VII, titulada «Alta mar», sección I, titulada «Disposiciones generales», que agrupa los artículos 86 a 115, disposiciones generales sobre la navegación en alta mar.

5 Los artículos 91, apartado 1, 92, apartado 1, 94, apartados 1 a 3, y 97, apartados 1 y 2, de esta Convención establecen en particular:

«Artículo 91

Nacionalidad de los buques

1. Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque.

[...]

Artículo 92

Condición jurídica de los buques

1. Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y, salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en esta Convención, estarán sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado. [...]

[...]

Artículo 94

Deberes del Estado de pabellón

1. Todo Estado ejercerá de manera efectiva su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarbolen su pabellón.

2. En particular, todo Estado:

[...]

b) ejercerá su jurisdicción de conformidad con su Derecho interno sobre todo buque que enarbole su pabellón y sobre el capitán, oficiales y tripulación, respecto de las cuestiones administrativas, técnicas y sociales relativas al buque.

3. Todo Estado tomará, en relación con los buques que enarbolen su pabellón, las medidas necesarias para garantizar la seguridad en el mar [...]

[...]

Artículo 97

Jurisdicción penal en caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación

1. En caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación ocurrido a un buque en alta mar que implique una responsabilidad penal o disciplinaria para el capitán o para cualquier otra persona al servicio del buque, sólo podrán incoarse procedimientos penales o disciplinarios contra tales personas ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado de pabellón o ante las del Estado de que dichas personas sean nacionales.

2. En materia disciplinaria, sólo el Estado que haya expedido un certificado de capitán o un certificado de competencia o una licencia podrá [...] decretar el retiro de esos títulos, incluso si el titular no es nacional del Estado que los expidió.

[...]»

Disposiciones nacionales

6 El artículo 2, apartado 2, del Schiffsbesetzungsverordnung (Reglamento sobre la tripulación de los buques) de 26 de agosto de 1998 (BGBl. I, p. 2577), modificado por el Verordnung de 29 de octubre de 2001 (BGBl. I, p. 2785), dispone lo siguiente:

«Cualquiera que sea el arqueo bruto del buque, el capitán deberá ser alemán en el sentido de la Grundgesetz [Ley fundamental] y titular de un certificado de aptitud válido expedido en Alemania.»

7 La formación de los oficiales de buque y la expedición de certificados de aptitud están reguladas por el Schiffsoffizier-Ausbildungsverordnung (Reglamento sobre la formación de los oficiales de buque), de 11 de febrero de 1985 (BGBl. I, p. 323), modificado en último término por el Verordnung de 29 de octubre de 2001, antes citada (en lo sucesivo, «SchOffzAusbV»).

8 Los certificados de aptitud obtenidos en otro Estado miembro o en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo por los nacionales de uno de dichos Estados están equiparados a los certificados alemanes, en virtud del artículo 21 *bis*, apartado 1, de la SchOffzAusbV, si se cumplen los requisitos establecidos en la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (DO 1989, L 19, p. 16), o en la Directiva 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48 (DO L 209, p. 25). En particular, si se trata de una actividad de mando, el artículo 21 *bis*, apartado 2, del SchOffzAusbV exige que se demuestre que el interesado ha superado la prueba de aptitud prevista en el artículo 4, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/48 o en el artículo 4, apartado 1, letra b), de la Directiva 92/51. En virtud del artículo 21 *quater* del SchOffzAusbV, la Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord expedirá a instancia del interesado un certificado de convalidación de los certificados de aptitud equiparados en virtud del artículo 21 *bis*, apartado 1, del SchOffzAusbV.

9 No obstante, el título equiparado de conformidad con el artículo 21 *bis* del SchOffzAusbV no otorga a las personas que no tengan la nacionalidad alemana

en el sentido de la Grundgesetz el derecho a ejercer el empleo de capitán de buques de pabellón alemán. En efecto, el artículo 24 del SchOffzAusbV establece lo siguiente:

«Podrá permitirse la expedición de certificados de aptitud en favor de personas que no sean alemanas en el sentido de la Grundgesetz pero que cumplan los requisitos para poder obtener dichos certificados (artículo 7). No obstante, en este supuesto, el certificado de aptitud expedido por el Servicio náutico no dará derecho a ejercer el empleo de capitán de buques de pabellón alemán. Esta circunstancia se anotará en el certificado de aptitud [...]»

10 Por otra parte, en virtud del artículo 106 de la Seemannsgesetz (Ley sobre el marinero) de 26 de julio de 1957 (BGBl. II, p. 713), modificada en varias ocasiones (en lo sucesivo, «SeemG»):

«1. El capitán es el superior de todos los miembros de la tripulación (artículo 3) y de todas las demás personas presentes a bordo (artículo 7). Le corresponde la mayor autoridad.

2. El capitán está obligado a velar por el mantenimiento del orden y de la seguridad a bordo y está facultado para adoptar las medidas necesarias para ello, en el marco de las disposiciones siguientes y demás normativa vigente.

3. En el supuesto de que un peligro directo amenace a las personas o al buque, el capitán podrá ejecutar las disposiciones adoptadas utilizando los medios coercitivos que sean necesarios. En tal caso se permitirá la detención provisional. Los derechos fundamentales previstos en el artículo 2, apartado 2, frases primera y segunda, y en el artículo 13, apartados 1 y 2, de la Grundgesetz quedarán entonces limitados. Si pueden adoptarse distintas medidas, se escogerá a ser posible aquella que perjudique menos a los afectados.

4. Sólo será lícita la utilización de la fuerza física o la detención provisional si las demás medidas parecen de antemano insuficientes o si se comprueba que han resultado insuficientes. Tales medidas sólo podrán ser aplicadas mientras sea necesario para realizar las funciones del capitán derivadas de los apartados 2 y 3.

5. El capitán podrá delegar el ejercicio de las competencias resultantes de los apartados 1 a 4 en el primer oficial y en el jefe de máquinas dentro del ámbito de las funciones correspondientes a cada uno cuando no pueda ejercerlas él mismo. [...]

[...]»

11 Con arreglo al artículo 115 de la SeemG, el incumplimiento de una orden del capitán podrá castigarse con una sanción penal cuando la orden persiga atajar un peligro que amenace a las personas, a un buque o a su carga, evitar un daño desproporcionadamente grande o graves perturbaciones de la actividad del buque, cumplir disposiciones de Derecho público sobre seguridad o mantener la seguridad y el orden a bordo. El abuso de la competencia para dar tales órdenes está a su vez castigado con sanciones penales en virtud del artículo 117 en relación con el artículo 115, apartado 4, de la SeemG.

12 Varias disposiciones de Derecho alemán otorgan a los capitanes de los buques que enarbolan pabellón alemán funciones relativas al estado civil.

13 Así, en virtud del artículo 45, apartado 1, del Verordnung zur Ausführung des Personenstandsgesetzes (Reglamento de desarrollo de la ley sobre el estado civil) de 12 de agosto de 1957 (BGBl. I, p. 1139), modificado en último término por el Verordnung de 17 de diciembre de 2001 (BGBl. I, p. 3752) (en lo sucesivo,

«PersStdGAV»), el nacimiento o la muerte de una persona ocurrido durante un viaje a bordo de un buque alemán debe ser inscrito por el encargado del Registro Civil I de Berlín. Con arreglo al apartado 2 del mismo artículo, el nacimiento o la muerte deberá notificarse al capitán a más tardar al día siguiente de que suceda. En el caso de que la persona responsable de tal notificación termine su viaje antes de que expire este plazo, deberá realizar dicha notificación mientras se encuentre todavía a bordo del buque. Según el apartado 3 de dicho artículo, el capitán levantará acta del nacimiento o de la muerte y deberá entregarla en la primera Capitanía marítima en que sea posible.

Litigio principal y cuestión prejudicial

14 Los demandantes en el procedimiento principal están empleados como marineros en buques de pesca de pabellón alemán dedicados a la pequeña navegación en alta mar. Son titulares de un «diploma voor de Zeevisvaart SW V» (diploma neerlandés de navegación en buques de pesca), que según el Derecho neerlandés autoriza a ejercer el empleo de capitán en buques del tipo de aquellos en los que trabajan actualmente.

15 El 30 de septiembre de 1998, la Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord concedió al Sr. Ras la autorización para trabajar como primer oficial o jefe de máquinas en buques de pesca que enarbolan pabellón alemán. Mediante escrito de 30 de octubre de 1998, el Sr. Ras solicitó, con arreglo al artículo 21 *quater* del SchOffzAusbV, un certificado de aptitud más amplio que le autorizase a trabajar también como capitán en buques de pesca con pabellón alemán. La Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord, que consideró esta solicitud como una reclamación, la desestimó mediante resolución de 14 de diciembre de 1998.

16 Por otra parte, las solicitudes presentadas el 16 de marzo de 1999 por los Sres. Anker y Snoek, de idéntico contenido, en las que pedían autorización para

trabajar en calidad de capitanes, primeros oficiales o jefes de máquinas en buques de pesca con pabellón alemán también fueron denegadas por la Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord mediante resoluciones de 30 de julio de 1999 por lo que respecta a la autorización para trabajar como capitanes. Las reclamaciones presentadas contra estas resoluciones por los Sres. Anker y Snoek fueron desestimadas mediante resolución de 6 de septiembre de 1999.

17 La Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord se basó, en particular, en el artículo 106, apartados 2 y 3, de la SeemG y en el artículo 24, segunda frase, del SchOffzAusbV.

18 Los recursos presentados contra las resoluciones de desestimación de la Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord fueron desestimados, por los mismos motivos, por el Verwaltungsgericht (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo) mediante resoluciones de 14 de noviembre de 2000. Este órgano jurisdiccional consideró que la actividad de capitán de buque implica el ejercicio de prerrogativas de poder público en el sentido del artículo 39 CE, apartado 4.

19 Mediante resolución de 30 de julio de 2001 del Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht admitió a trámite el recurso de apelación interpuesto por los demandantes en el litigio principal.

20 Ante el Oberverwaltungsgericht, los demandantes en el litigio principal rechazaron que les fuera aplicable el artículo 39 CE, apartado 4, que, por constituir una excepción, debe interpretarse de forma estricta. En su opinión, esta disposición únicamente se aplica cuando el empleo de que se trate presupone una relación especial de solidaridad del titular con el Estado que deba quedar garantizada mediante el vínculo de la nacionalidad. Dicha relación existe tan sólo si el empleo implica típicamente el ejercicio de prerrogativas de poder público y si se confía al titular la responsabilidad de tutelar el interés general del Estado.

Según ellos, estos requisitos son acumulativos. Pues bien, estos requisitos no se cumplen en el caso de un capitán de buque de pesca. Si bien existen casos en los que los capitanes ejercen prerrogativas de poder público, éstas poseen una importancia tan secundaria que en modo alguno pueden considerarse el núcleo de su actividad.

21 Además, en el ámbito de la navegación aérea no existe limitación alguna por razón de la nacionalidad y sin embargo el artículo 3 del Luftverkehrsordnung (Reglamento del tráfico aéreo), de 10 de agosto de 1963 (BGBl. I, p. 652), modificado en varias ocasiones, otorga a los pilotos de aviación unas responsabilidades y unas amplias competencias que van incluso más allá de las competencias del capitán de buque.

22 Según la demandada en el litigio principal, las competencias que el artículo 106 de la SeemG reconoce al capitán forman parte de la administración pública y constituyen la expresión del «genuine link» establecido por el Estado de pabellón entre el buque y el Estado. La demandada se remite, a este respecto, al artículo 94 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

23 Considera que las competencias de poder público del capitán no se derivan de principios generales de Derecho privado. El capitán no sólo tiene que salvaguardar la seguridad y el orden a bordo si corren peligro sus propios intereses, sino que debe actuar en defensa de intereses jurídicamente protegidos dejando de lado, en su caso, sus propios intereses.

24 La demandada en el litigio principal invoca también las funciones ejercidas por el capitán en su condición de encargado del Registro civil en caso de nacimiento o fallecimiento a bordo, como las previstas en el artículo 45, apartado 3, del PersStdGAV.

25 El Oberverwaltungsgericht tiene dudas acerca de la compatibilidad del artículo 24, segunda frase, del SchOffzAusbV con el artículo 39 CE, en particular por lo que respecta a los buques de pesca que se dedican a la pequeña navegación en alta mar.

26 Señala que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un empleo comprendido en el ámbito de la administración pública presupone la existencia en sus titulares de una relación particular de solidaridad respecto al Estado miembro que precisamente el vínculo de nacionalidad pretende salvaguardar (sentencia de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica, 149/79, Rec. p. 3881). Pues bien, en su opinión no ocurre así en el caso de las actividades propias del transporte marítimo y aéreo, que están muy alejadas de las actividades específicas de la administración pública y que no implican una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas.

27 No obstante, el Oberverwaltungsgericht considera que subsisten dudas respecto a si las competencias conferidas mediante el artículo 106 de la SeemG son de tal naturaleza que implican con carácter general el ejercicio de prerrogativas de poder público o si, por el contrario, tienen su origen esencialmente en obligaciones generales que derivan del Derecho civil —pues el capitán es el representante a bordo del armador, en cuyo nombre ejerce los derechos derivados de la relación contractual de enrolamiento— o del Derecho penal, ya que el capitán desempeña la posición de garante ante una situación peligrosa.

28 Observa que, en cualquier caso, el artículo 106 de la SeemG regula una parte muy pequeña de la actividad de un capitán. La actividad principal de éste consiste en la dirección del buque y de la tripulación. En tal caso ejerce funciones reguladas por el Derecho civil y laboral, como sucede normalmente en los casos de los gerentes de empresas o directores técnicos.

29 En tales circunstancias, el Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Son compatibles con el artículo 39 CE las normas de Derecho interno que exigen, para el ejercicio de la actividad de capitán de buque en un buque que se dedica a la "pequeña navegación marítima" (Kleine Seeschifffahrt) bajo pabellón de un Estado miembro, la nacionalidad de este Estado miembro, en el caso concreto la alemana?»

Sobre la cuestión prejudicial

30 Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el artículo 39 CE, apartado 4, debe interpretarse en el sentido de que autoriza a un Estado miembro a reservar a sus nacionales los empleos de capitán de buques que enarbolan su pabellón y que se dedican a la «pequeña navegación marítima» (Kleine Seeschifffahrt).

Observaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia

31 Los demandantes en el litigio principal consideran que debe responderse a la cuestión prejudicial en sentido negativo.

32 Con carácter preliminar, subrayan que los Sres. Anker y Snoek poseen la condición de trabajadores en el sentido del artículo 39 CE. Si bien dicha condición puede ser dudosa en el caso del Sr. Ras, que es socio minoritario de

Zeevisserijbedrijf RAS BV, a su vez socia única de Seefischereibetrieb SC-25 GmbH, que explota el buque de pesca en el que navega el Sr. Ras, este último, en caso de que no pudiera considerarse trabajador por cuenta ajena podría considerarse trabajador por cuenta propia. En tal caso, cabría aplicar el artículo 43 CE y plantearse si la actividad de capitán de un buque como aquel en el que navega puede quedar comprendida en la excepción prevista en el artículo 45 CE, párrafo primero. A este respecto, los demandantes en el litigio principal defienden que, a la vista de su tenor literal, el concepto de «poder público» en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero, es más estricto que el de «administración pública» en el sentido del artículo 39 CE, apartado 4.

33 En opinión de los demandantes en el litigio principal, la actividad de capitán de un buque de pesca no está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 39 CE, apartado 4. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto comunitario de administración pública debe interpretarse de forma restrictiva, por tratarse de una excepción a un principio fundamental de Derecho comunitario, y limitarse a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que el artículo 39 CE, apartado 4, permite proteger a los Estados miembros (véase, en particular, la sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión/ Italia, 225/85, Rec. p. 2625, apartado 7). Esta disposición debe entenderse en un sentido funcional: lo fundamental es que la actividad implique típicamente el ejercicio de prerrogativas de poder público; además, al titular del empleo debe encomendársele la responsabilidad de velar por los intereses generales del Estado (véase la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 12).

34 Los demandantes en el litigio principal añaden que no basta que el titular del empleo ejerza ocasionalmente prerrogativas de poder público: el ejercicio de estas prerrogativas debe constituir el núcleo de dicha actividad (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum, 66/85, Rec. p. 2121, apartados 26 a 28, y de 27 de noviembre de 1991, Bleis, C-4/91, Rec. p. I-5627, apartado 7).

35 Los demandantes en el litigio principal sostienen que, en el presente asunto, las disposiciones nacionales alemanas no atribuyen al capitán ninguna prerrogativa de poder público. Las facultades del capitán derivadas del artículo 106 de la SeemG constituyen la expresión de obligaciones generales de Derecho civil y

penal adaptadas a la situación de un buque en el mar. Además, afirman que las situaciones en las que el buque debe enfrentarse a un peligro han disminuido considerablemente, en particular debido a la modernización de los medios de comunicación y al poco tiempo que se pasa en el mar, limitado a los días laborables por lo que se refiere a los buques de pesca pequeños, que por otra parte pescan siempre cerca de la costa.

36 El núcleo de las funciones del capitán consiste, en su opinión, en pilotar el buque y dirigir a la tripulación. Se trata de funciones propias del Derecho civil y laboral, que corresponden normalmente a los gerentes de empresas o directores técnicos. Además, el propio capitán se ocupa en gran medida de la captura y transformación del pescado.

37 Por último, los demandantes en el litigio principal alegan que, en los apartados 34 y 35 de la sentencia de 2 de julio de 1996 Comisión/Grecia (C-290/94, Rec. p. I-3285), el Tribunal de Justicia ya declaró que los sectores de los transportes marítimos y aéreos no forman parte de aquellos sectores en los que se ejercen actividades específicas de la administración. Ello significa que en estos sectores se aplica, *a priori,* la libertad de circulación de trabajadores y que incumbe a las autoridades nacionales demostrar, respecto a cada empleo concreto, que se cumplen de hecho los requisitos de aplicación del artículo 39 CE, apartado 4 [véanse los puntos 110 a 112 de las conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Léger en el asunto Comisión/Luxemburgo (sentencia de 2 de julio de 1996, C-473/93, Rec. p. I-3207)]. Pues bien, afirman que la demandada en el litigio principal no presentó la prueba relativa al empleo de capitán de buque de pesca.

38 Los Gobiernos alemán, danés y francés, así como la Comisión, coinciden en considerar que los empleos de capitán de buques que enarbolan el pabellón de un Estado miembro dedicados a la pequeña navegación marítima pueden reservarse a los nacionales de este Estado de conformidad con el artículo 39 CE, apartado 4, en la medida en que sus titulares, en virtud de la normativa nacional de dicho Estado y de varios instrumentos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, pueden ejercer funciones propias de la «administración pública» en el sentido de esta disposición, tal como ha sido

interpretada por el Tribunal de Justicia, y relativas al mantenimiento de la seguridad, al ejercicio de facultades de policía, así como a la constatación de hechos determinantes del estado civil.

39 Según el Gobierno alemán, el hecho de que en la práctica habitual de la pesca no siempre se produzca el ejercicio de prerrogativas de poder público no significa que las disposiciones que el capitán está facultado para adoptar en su caso no estén revestidas de tal carácter. Además, un buque de pesca dedicado a la pequeña navegación en alta mar no está sujeto, en principio, a ninguna restricción respecto a las travesías que puede realizar, por lo que no cabe excluir que pueda realizar su actividad más allá del mar territorial del Estado de pabellón o de las inmediaciones de la costa de este Estado.

40 El Gobierno danés considera que si el empleo de capitán de buque implica el ejercicio a bordo de prerrogativas de poder público que en tierra corresponderían a las autoridades policiales, en particular las competencias de detener a los sospechosos y de tomar declaraciones, participa directamente en el ejercicio del poder público. En su opinión, el mantenimiento de la seguridad y del orden constituye un tipo de funciones que exigen la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, comprendida en el artículo 39 CE, apartado 4.

41 Según el Gobierno danés, el hecho de que en el litigio principal se trate de buques de pequeño tamaño no restringe la facultad del Estado miembro para reservar a sus nacionales el empleo de capitán en los buques que enarbolen su pabellón, ya que en cualquier momento pueden presentarse situaciones en las que sea necesario el ejercicio del poder público por los capitanes de buques, independientemente del tipo de buque.

42 Este Gobierno añade que la circunstancia de que el Estado miembro de que se trate no haya reservado a sus propios nacionales empleos semejantes en el ámbito del transporte aéreo carece de relevancia, dado que el artículo 39 CE, apartado 4,

se limita a conceder a los Estados miembros una simple posibilidad de reservar los empleos previstos en esta disposición.

43 Según el Gobierno francés, el capitán de buque realiza manifiestamente funciones que implican el ejercicio de poder público y estas funciones no pueden confundirse con las obligaciones que incumben a cualquier ciudadano, gerente de empresa, director técnico o incluso piloto de aviación. Ello es así aun cuando el empleo se ejerza en empresas privadas, puesto que las actividades específicas de la administración pública se ejercen, por delegación, en nombre del Estado y no del empleador.

44 El Gobierno francés se refiere por analogía a determinadas disposiciones del Código Civil francés y del Código disciplinario y penal de la marina mercante francesa, que atribuyen al capitán tanto funciones de «encargado del Registro Civil» como auténticas competencias de policía, a través de las cuales participa en la administración de justicia. Sostiene que estas competencias sobrepasan claramente las que el artículo 73 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal francesa confiere a cualquier persona en caso de crimen o delito flagrante. En efecto, según el Gobierno francés, de esta última disposición se desprende que si bien cualquier persona puede capturar al autor de un crimen o de un delito flagrante, debe conducirlo ante el oficial de policía judicial más próximo, que es el único que tiene competencia para arrestarlo y detenerlo.

45 El Gobierno francés también rechaza la asimilación de las prerrogativas de los capitanes de buque a las obligaciones que incumben a los gerentes de empresas o directores técnicos de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la salud de sus trabajadores. Así, a diferencia del capitán de un buque, un gerente no posee la facultad de proceder al arresto de uno de sus empleados ni de retenerlo en un lugar determinado, puesto que puede dirigirse a la autoridad pública.

46 Asimismo, según el Gobierno francés, las facultades atribuidas a los pilotos de aviación no pueden compararse con las prerrogativas de los capitanes de buque,

puesto que un piloto de aviación dispone de facultades similares a las de cualquier ciudadano que se enfrenta a una amenaza.

47 Por último, el Gobierno francés considera que la circunstancia de que los capitanes de buques ejerzan sólo raramente sus facultades de poder público no influye en la inclusión de su empleo en el ámbito de aplicación del artículo 39 CE, apartado 4. En efecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, esta última disposición únicamente se aplica a los «empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas» (sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 10). De este modo, el mero hecho de que el empleo «implique» ejercicio de facultades de poder público basta para que esté sujeto al artículo 39 CE, apartado 4. Además, cada vez que las circunstancias así lo exijan, el ejercicio de las facultades de poder público constituye una necesidad concreta y no puede confiarse a otro miembro de la tripulación, so pena de privar al capitán de gran parte de su autoridad.

48 Con carácter subsidiario, el Gobierno francés alega que un Estado miembro puede reservar a sus nacionales los empleos de capitán sobre la base del artículo 39 CE, apartado 3. En efecto, por su vinculación al ejercicio del poder público, estos empleos constituyen excepciones a la libre circulación de trabajadores relacionadas con el orden público o la seguridad pública.

49 La Comisión señala, en primer lugar, que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si todos los demandantes en el procedimiento principal cumplen los requisitos necesarios para ser considerados trabajadores a efectos del artículo 39 CE.

50 A continuación, la Comisión señala que, ciertamente, un buque que enarbola el pabellón de un Estado miembro puede considerarse parte del territorio de este

Estado, pero que, una vez que el buque se aleja de la costa, dicho Estado no puede intervenir normalmente a través de sus propios órganos de poder público para salvaguardar sus intereses generales o los de la colectividad. De este modo, el Estado de pabellón otorga al capitán la facultad de ejercer, como representante del poder público, diversas funciones destinadas a salvaguardar dichos intereses generales, previstas en la normativa nacional o en los instrumentos internacionales. En tales circunstancias, considera que puede invocarse el artículo 39 CE, apartado 4.

51 Según la Comisión, la sentencia de 31 de mayo de 2001, Comisión/Italia (C-283/99, Rec. p. I-4363), apartado 25, que hace referencia a los guardias jurados, no resta valor a este análisis, puesto que las prerrogativas de poder público se han atribuido precisamente a los capitanes de buque en aras de la protección de los intereses generales del Estado.

52 Sin embargo, un particular únicamente ejerce un empleo en la administración pública, en el sentido del artículo 39 CE, apartado 4, si los órganos de poder público que forman parte institucionalmente de la administración pública no pueden intervenir o apenas pueden hacerlo. La mera atribución de competencias de poder público no basta, por tanto, para que pueda invocarse el artículo 39 CE, apartado 4. Es necesario, además, que ningún órgano de poder público pueda intervenir para resolver el posible conflicto.

53 Por otra parte, según la Comisión, la cuestión de si las competencias atribuidas van más allá de las que incumben, en virtud del Derecho civil y penal, a cualquier propietario, empresario o ciudadano debe apreciarse a la vista del Derecho nacional y es el órgano jurisdiccional remitente quien debe decidir al respecto. En el caso de que se demuestre que estas competencias forman parte del poder público, la Comisión considera que la aplicación de la excepción prevista en el artículo 39 CE, apartado 4, no puede depender, además, del grado de

probabilidad de que el capitán del buque de que se trate deba ejercer efectivamente estas competencias de poder público ni del tamaño de dicho buque.

54 Por último, la Comisión afirma que la comparación con el ámbito de la navegación aérea carece de pertinencia, pues el artículo 39 CE, apartado 4, se limita a otorgar a los Estados miembros la facultad de restringir la libre circulación de trabajadores.

55 Por otro lado, respecto a la aplicabilidad del artículo 39 CE, apartado 3, la Comisión considera que esta disposición únicamente es aplicable a los individuos cuyo comportamiento privado pone en peligro el orden o la seguridad públicas. De este modo, no puede invocarse esta disposición para excluir toda una profesión de la aplicación del principio de libre circulación de personas alegando que sus miembros deben mantener el orden público y la seguridad a bordo (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de octubre de 1998, Comisión/España, C-114/97, Rec. p. I-6717, apartado 42).

Respuesta del Tribunal de Justicia

56 Con carácter preliminar, debe recordarse que el artículo 39 CE, apartados 1 a 3, consagra el principio de libre circulación de trabajadores y la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros. El artículo 39 CE, apartado 4, establece, no obstante, que las disposiciones de dicho artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública.

57 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de administración pública a efectos del artículo 39 CE, apartado 4, debe interpretarse y aplicarse uniformemente en toda la Comunidad y no es posible por tanto dejarlo a la absoluta discreción de los Estados miembros (véanse, en particular, las sentencias de 12 de febrero de 1974, Sotgiu, 152/73, Rec. p. 153, apartado 5, y Comisión/Bélgica, antes citada, apartados 12 y 18).

58 Esta disposición se refiere a los empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas y que suponen pues, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad (sentencias Comisión/Bélgica, apartado 10, y Comisión/Grecia, apartado 2, antes citadas).

59 En cambio, la excepción prevista en el artículo 39 CE, apartado 4, no se aplica a los empleos que, a pesar de depender del Estado o de otros organismos públicos, no implican, sin embargo, ninguna participación en las actividades que competen a la administración pública propiamente dicha (sentencias Comisión/Bélgica, apartado 11, y Comisión/Grecia, apartado 2, antes citadas) ni, *a fortiori,* los empleos al servicio de un particular o de una persona jurídica privada, cualesquiera que sean las funciones del empleado (sentencias Comisión/España, apartado 33, y de 31 de mayo de 2001, Comisión/Italia, apartado 25, antes citadas).

60 Se desprende también de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, como excepción a la norma fundamental de libre circulación y de no discriminación de los trabajadores comunitarios, el artículo 39 CE, apartado 4, debe recibir una interpretación que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que esta disposición permite proteger a los Estados miembros (véase, en particular, la sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia, antes citada, apartado 7).

61 En el presente asunto, debe señalarse que el Derecho alemán otorga a los capitanes de buques de pesca que enarbolan el pabellón alemán prerrogativas relacionadas con el mantenimiento de la seguridad y el ejercicio de facultades de policía, especialmente en caso de peligro a bordo, acompañadas, en su caso, de facultades de instrucción, coercitivas o sancionadoras, que van más allá de la simple contribución al mantenimiento de la seguridad pública a la que cualquier particular está obligado. Por otro lado, se atribuyen al capitán determinadas funciones accesorias en materia de estado civil que no pueden deducirse de las meras necesidades de mando del buque, en particular la de recibir la notificación del nacimiento o muerte de una persona durante un viaje, aun cuando competa a un encargado del Registro Civil levantar las actas auténticas en tierra. Si bien pueden subsistir algunas dudas sobre si estas funciones relativas al estado civil implican una participación directa o indirecta en el poder público, duda que corresponde resolver al órgano jurisdiccional remitente, es indudable, por el contrario, que las funciones relativas al mantenimiento de la seguridad y al ejercicio de facultades de policía constituyen una participación en el ejercicio de prerrogativas de poder público en aras de la protección de los intereses generales del Estado de pabellón.

62 El hecho de que los capitanes sean empleados de una persona física o jurídica de Derecho privado no descarta, por sí mismo, la aplicabilidad del artículo 39 CE, apartado 4, puesto que está demostrado que, para cumplir las funciones públicas que se les ha encomendado, los capitanes actúan como representantes del poder público, en aras de los intereses generales del Estado de pabellón.

63 No obstante, la aplicación de la excepción a la libre circulación de trabajadores, prevista en el artículo 39 CE, apartado 4, no puede justificarse por el mero hecho de que el Derecho nacional atribuya prerrogativas de poder público a los titulares de los empleos controvertidos. Es necesario, además que dichos titulares ejerzan efectivamente de forma habitual tales prerrogativas y que éstas no representen una parte muy reducida de sus actividades. En efecto, como se ha recordado en el apartado 60 de la presente sentencia, el alcance de esta excepción debe limitarse a

lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses generales del Estado miembro de que se trate, que no se ven amenazados si las prerrogativas de poder público se ejercen únicamente de forma esporádica o excepcional por nacionales de otros Estados miembros.

64 Pues bien, de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente se desprende que los empleos de capitán en buques dedicados a la pequeña navegación en alta mar, que consisten básicamente en dirigir buques de pequeño tamaño, con una tripulación reducida, y en participar directamente en la pesca y en la transformación del pescado, constituyen empleos en los que la función de representación del Estado de pabellón es, en la práctica, insignificante.

65 Por otra parte, tal como señaló acertadamente la Abogado General en el punto 68 de sus conclusiones, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no exige que el capitán de un buque posea la nacionalidad del Estado de pabellón.

66 A continuación, procede examinar si el requisito de nacionalidad al que se somete el acceso a las categorías de empleos controvertidas puede justificarse sobre la base del artículo 39 CE, apartado 3.

67 A este respecto, basta recordar que la facultad de los Estados miembros de limitar la libre circulación de las personas por motivos de orden público, de seguridad pública y de salud pública no tiene por objeto dejar sectores económicos, como el de la pesca, o profesiones, como la de capitán de buques de pesca, fuera del ámbito de aplicación de este principio desde el punto de vista del acceso al empleo, sino permitir a los Estados miembros que denieguen el acceso o la estancia en su territorio a personas cuyo acceso o estancia en dicho territorio

constituiría, como tal, un peligro para el orden público, la seguridad pública o la salud pública (respecto a la salud pública, véase la sentencia de 7 de mayo de 1986, Gül, 131/85, Rec. p. 1573, apartado 17, y, por lo que respecta a la seguridad privada, la sentencia Comisión/España, antes citada, apartado 42).

68 Por consiguiente, una exclusión general del acceso a los empleos de capitán de buques de pesca no puede justificarse por las razones previstas en el artículo 39 CE, apartado 3.

69 A la vista de lo que precede, debe responderse a la cuestión prejudicial que el artículo 39 CE, apartado 4, debe interpretarse en el sentido de que únicamente autoriza a un Estado miembro a reservar a sus nacionales los empleos de capitán de buques que enarbolan su pabellón dedicados a la «pequeña navegación marítima» (Kleine Seeschifffahrt) si las prerrogativas de poder público atribuidas a los capitanes de estos buques se ejercen efectivamente de forma habitual y no representan una parte muy reducida de sus actividades.

Costas

70 Los gastos efectuados por los Gobiernos alemán, danés y francés y por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre la cuestión planteada por el Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht mediante resolución de 31 de enero de 2002, declara:

El artículo 39 CE, apartado 4, debe interpretarse en el sentido de que únicamente autoriza a un Estado miembro a reservar a sus nacionales los empleos de capitán de buques que enarbolan su pabellón dedicados a la «pequeña navegación marítima» (Kleine Seeschifffahrt) si las prerrogativas de poder público atribuidas a los capitanes de estos buques se ejercen efectivamente de forma habitual y no representan una parte muy reducida de sus actividades.

Rodríguez Iglesias	Puissochet	Wathelet
Schintgen	Timmermans	Gulmann
Edward	La Pergola	Jann
Skouris	Macken	Colneric
von Bahr	Cunha Rodrigues	Rosas

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 30 de septiembre de 2003.

El Secretario

R. Grass

El Presidente

G.C. Rodríguez Iglesias