CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. CHRISTINE STIX-HACKL

presentadas el 12 de junio de 2003 [1]

I. Introducción

1. En el presente litigio, el Tribunal Supremo español (Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo) desea saber, en esencia, si los empleos de capitán y primer oficial de la marina mercante están encuadrados en la excepción de «empleo en la administración pública» del artículo 39 CE, apartado 4, y, por consiguiente, un Estado miembro puede reservar tales empleos a sus propios nacionales.

2. Hasta aquí las cuestiones de Derecho planteadas en el presente asunto coinciden con las del asunto C-47/02 (Anker y otros/Alemania), sentencia de 30 de septiembre de 2003, Rec. p. I-10447, que tiene por objeto la legalidad de una reserva de nacionalidad aplicable a los capitanes de buque en la pequeña navegación marítima y cuyas conclusiones también presento hoy.

3. Sin embargo, el Tribunal Supremo pregunta además si el acceso a los empleos mencionados de la marina mercante, al menos en determinados casos, por nacionales de otros Estados miembros puede someterse a una condición de reciprocidad.

II. Marco jurídico

A. *Derecho comunitario*

4. El artículo 39 CE, que garantiza la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, no es aplicable, en virtud de su apartado 4, «a los empleos en la administración pública».

5. En el artículo 1 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 [2] se recoge el derecho de acceso al trabajo en los siguientes términos:

1 — Lengua original: alemán.

2 — Reglamento del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77).

«1. Todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado.

2. En particular se beneficiará en el territorio de otro Estado miembro de las mismas prioridades que los nacionales de dicho Estado en el acceso a los empleos disponibles.»

6. Con arreglo al artículo 4 de este Reglamento, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que limiten el empleo de extranjeros en número o porcentaje, por empresa, rama de actividad, región o a escala nacional, no serán aplicables a los nacionales de los otros Estados miembros.

B. *Derecho internacional*

7. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 19 de diciembre de 1982 (en lo sucesivo, «Convención sobre el Derecho del Mar») contiene, entre otras, las siguientes disposiciones generales sobre la navegación en alta mar:

«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. [...]»

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

«Artículo 94

[...]»

Deberes del Estado del 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.

En virtud del artículo 94, apartado 5, todo Estado deberá actuar, al tomar dichas medidas, de conformidad con los reglamentos, procedimientos y prácticas internacionales generalmente aceptados, y hará lo necesario para asegurar su observancia.

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.

En el artículo 97 se establece, entre otros extremos, que en caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación ocurrido a un buque en alta mar «sólo podrán incoarse procedimientos penales o disciplinarios contra [el capitán o cualquier otra persona al servicio del buque] ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado del pabellón o ante las del Estado de que dichas personas sean nacionales». 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.

C. *Derecho nacional*

1. Disposiciones relativas a los requisitos de las dotaciones de los buques

a) La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en lo sucesivo, «Ley 27/1992»)

8. Respecto a las dotaciones de los buques, el artículo 77 de la Ley 27/1992 prevé lo siguiente:

«1. El número de miembros de la dotación de los buques y sus condiciones de capacitación profesional deben ser las adecuadas para garantizar en todo momento la seguridad de la navegación y del buque, teniendo en cuenta sus características técnicas y de explotación, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

2. Asimismo, se determinarán reglamentariamente las condiciones de nacionalidad de las dotaciones de los buques, si bien los ciudadanos de Estados miembros de la Comunidad Económica Europea podrán acceder a partir del momento de entrada en vigor de esta Ley a los empleos en las dotaciones de los buques que no impliquen el ejercicio, aunque sólo sea de manera ocasional, de funciones públicas, que quedará reservado a ciudadanos españoles.»

9. La Disposición Adicional decimoquinta de la Ley citada establece, entre otras cuestiones, lo siguiente:

«La dotación de los buques inscritos en el Registro especial deberá reunir las siguientes características:

a) Nacionalidad: El Capitán y el primer Oficial de los buques deberán tener, en todo caso, la nacionalidad española.

El resto de la dotación deberá ser de nacionalidad española o de algún otro Estado miembro de la Comunidad Europea, al menos, en un 50 por 100.

[...]»

b) El Real Decreto 2062/1999, de 30 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de formación en profesiones marítimas (en lo sucesivo, «Real Decreto 2062/1999»)

10. El artículo 8 del Real Decreto 2062/1999 dispone:

«1. La Dirección General de la Marina Mercante podrá reconocer directamente a los ciudadanos de la Unión Europea los títulos profesionales o certificados de especialidad expedidos por uno de dichos Estados, conforme a las disposiciones nacionales de aplicación.

2. El reconocimiento de un título profesional, formalizado a través de la expedición de una tarjeta profesional de marina mercante, se precisará para acceder directamente a los empleos de las dotaciones de los buques mercantes españoles, excepto en el ejercicio de empleos que impliquen o puedan implicar ejercicio de funciones públicas atribuidas legalmente a españoles, como el capitán, patrón o primer oficial de puente, que quedarán reservados a ciudadanos españoles.

3. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los ciudadanos de la Unión Europea que posean un título expedido por un Estado miembro, podrán ejercer el mando de buques mercantes de arqueo bruto inferior a 100 GT, que transporten carga o menos de 100 pasajeros, que operen exclusivamente entre puertos o puntos situados en zonas en que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción y cuando se acredite por el interesado la existencia del derecho de reciprocidad del Estado de su nacionalidad respecto a ciudadanos españoles.»

2. Normas que atribuyen a los capitanes de buques de la marina mercante determinadas funciones y facultades

a) Normas relacionadas con las funciones de seguridad y policía

11. En relación con las funciones de seguridad y policía destacan, en resumen, las siguientes disposiciones:

En virtud de los artículos 110, 116, apartado 3, letra f), y 127 de la Ley 27/1992, los capitanes pueden adoptar, con carácter extraordinario, cuantas medidas de policía estimen necesarias para el buen régimen de a bordo en caso de peligro. El incumplimiento de éstas y otras medidas y órdenes diferentes constituyen una infracción muy grave. El capitán debe consignar en el diario de navegación las infracciones contra esta Ley.

Según el artículo 610 del Código de Comercio, es inherente al cargo de capitán la facultad de imponer penas correccionales a los que dejen de cumplir sus órdenes o falten a la disciplina, instruyendo, sobre los delitos cometidos a bordo en la mar, la correspondiente sumaria, que entregará a las autoridades que de ella deban conocer, en el primer puerto a que arribe.

En virtud del artículo 700 del Código de Comercio, en todo lo relativo a la conservación del orden y policía a bordo, los pasajeros se someterán a las disposiciones del capitán, sin distinción alguna.

b) Normas relativas a la fe pública y al registro de hechos determinantes del estado civil de las personas y sobre las medidas que deben adoptarse en caso de fallecimiento a bordo

Según los artículos 52, 722 y 729 del Código Civil, el capitán o el comandante del buque pueden, bajo determinadas circunstancias, autorizar matrimonios y testamentos y deben custodiar y entregar el testamento a la autoridad marítima local.

Con arreglo al artículo 19 de la Ley de Registro Civil, la inscripción de nacimiento, matrimonio o defunción ocurridos, entre otros, en el curso de un viaje marítimo podrá practicarse por las autoridades o funcionarios que señale el Reglamento. Los reconocimientos hechos en dichas actas de nacimiento tienen el mismo valor que los hechos en la inscripción.

Según el artículo 71 del Reglamento del Registro Civil, el acta en cuya virtud puede practicarse la inscripción de nacimiento, matrimonio o defunción, será autorizada, si los hechos ocurren en el curso de un viaje marítimo, por el comandante, capitán o patrón. El artículo 72 del Reglamento prevé que éstos tienen los mismos deberes y facultades del encargado del Registro respecto a la comprobación de nacimiento, filiación, defunción o aborto y para la licencia de entierro.

En virtud del artículo 705 del Código de Comercio, en caso de muerte de un pasajero durante el viaje, el capitán debe emitir el certificado de defunción y, después de veinticuatro horas, está autorizado para tomar respecto del cadáver las disposiciones que exijan las circunstancias.

Según el artículo 627 del Código de Comercio, el primer oficial sustituirá al capitán y asumirá todas sus atribuciones, obligaciones y responsabilidades, en caso de que éste esté imposibilitado.

III. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

12. Según el Derecho español, la Sala Tercera del órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal Supremo, conoce de las acciones de nulidad interpuestas por personas físicas o jurídicas, bajo determinadas condiciones, contra disposiciones generales que emanen del Consejo de Ministros, entre las que se hallan los Reales Decretos. En un procedimiento de estas características se examina si la disposición general controvertida incurre en vicios formales o de fondo que la hagan contraria a Derecho y, en su caso, se declara su nulidad.

13. En el litigio principal, el Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (en lo sucesivo, «Colegio de Oficiales») interpuso un recurso de anulación contra determinadas disposiciones del Real Decreto 2062/1999, en particular su artículo 8, apartado 3.

14. El Colegio de Oficiales considera que esta disposición, mediante la que se abre a ciudadanos de otros Estados miembros la posibilidad de ejercer el mando de determinados buques mercantes, constituye una vulneración de los intereses colegiales y colectivos de los oficiales de la marina mercante española y una vulneración de normas de rango superior, en particular del artículo 77 de la Ley 27/1992.

15. Según señala el órgano jurisdiccional remitente en su resolución de remisión, el marco jurídico relativo al acceso a los empleos de capitán y primer oficial en buques mercantes españoles se caracteriza por prever una reserva incondicionada de estos empleos a favor de nacionales españoles en el artículo 77, apartado 2, de la Ley 27/1992 —que se refiere al ejercicio siquiera ocasional de funciones públicas— y en el artículo 8, apartado 2, del Real Decreto 2062/1999. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente presupone —y esto es pacífico entre las partes en el litigio principal— que los capitanes y primeros oficiales de los buques mercantes desempeñan ocasionalmente funciones públicas, bien relacionadas con facultades de seguridad y policía, bien funciones que en España se reservan habitualmente a funcionarios públicos.

16. Por otra parte, mediante el artículo 8, apartado 3, del Real Decreto 2062/1999, y en cierta medida con carácter excepcional respecto a esta reserva general de nacionalidad, se abre el acceso a estos empleos a nacionales de otros Estados miembros, bajo determinadas condiciones y respecto a determinados buques de la marina mercante.

17. El órgano jurisdiccional remitente señala, al respecto, que este régimen parece inspirarse en una «concepción relativizada» del ejercicio de funciones públicas por parte de los capitanes de dichos buques mercantes. La limitación de la reserva está justificada porque puede suponerse que las facultades de un capitán quedan relativiza-

das en dichas circunstancias y que las ocasiones de ejercer las funciones públicas que se asignan generalmente al capitán son muy escasas o casi hipotéticas. El órgano jurisdiccional remitente señala también que durante la elaboración de esta norma se previó originalmente una disposición en virtud de la cual el mando de buques mercantes «no se considerará ejercicio de funciones públicas». Sin embargo, ante la objeción del Colegio de Oficiales este pasaje no se incluyó en la redacción definitiva.

18. El órgano jurisdiccional remitente se plantea, en este contexto y a la vista del artículo 39 CE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto, si puede considerarse compatible con el Derecho comunitario reservar los empleos de capitán y primer oficial de un buque mercante a los propios nacionales y, en caso de respuesta afirmativa, si la reserva es válida para todo tipo de buques mercantes o sólo para determinados tipos, si se presupone que los titulares de estos empleos pueden desempeñar a bordo, ocasionalmente, funciones relacionadas con facultades de seguridad y policía o funciones que en España se reservan habitualmente a funcionarios públicos.

19. Por lo que respecta a la relevancia de esta cuestión para la resolución del litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente señala que, en caso de que una reserva absoluta de nacionalidad se considere válida, el artículo 8, apartado 2, del Real Decreto 2062/1999 y el artículo 77, apartado 2, de la Ley 27/1992 (así como la Disposición Adicional decimoquinta de la misma), donde se prevé una reserva a favor de los nacionales españoles, deben considerarse compatibles con el Derecho comunitario y, en tal caso, la reserva limitada de nacionalidad contenida en el artículo 8, apartado 3, de dicho Decreto estaría en plena consonancia con el Derecho comunitario.

20. Además, el órgano jurisdiccional remitente añade que una eventual colisión con el artículo 77, apartado 2, de la Ley 27/1992 no implicaría por sí misma la falta de validez del artículo 8, apartado 3, del Real Decreto 2062/1999, siempre que la cobertura jurídica real de esta última disposición se base en una exigencia del Derecho comunitario.

21. A continuación, por lo que respecta a la condición de reciprocidad contenida en el artículo 8, apartado 3, del Real Decreto 2062/1999, el órgano jurisdiccional remitente afirma que no le parece posible limitar el acceso a los empleos de capitán y de primer oficial de determinados buques mercantes mediante una condición de reciprocidad si los Estados miembros deben garantizar este acceso a los nacionales de otros Estados miembros.

22. En tales circunstancias, el Tribunal Supremo (Sala Tercera) suspendió el pro-

cedimiento y planteó al Tribunal de Justicia, mediante resolución de 4 de octubre de 2001, las siguientes cuestiones prejudiciales con arreglo al artículo 234 CE:

1) El artículo 39 (antiguo artículo 48) del Tratado CE y los artículos 1 y 4 del Reglamento (CEE) 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, ¿permiten a un Estado miembro la posibilidad de reservar los empleos de capitán y primer oficial de sus buques mercantes a sus propios nacionales? Si la respuesta es afirmativa, ¿tal reserva puede formularse en términos absolutos (para todo tipo de buques mercantes) o sólo es válida en aquellos casos en que previsible y razonablemente pueda ser necesario el ejercicio efectivo, por parte de los capitanes o primeros oficiales a bordo, de determinadas funciones públicas?

2) Si las normas internas de un Estado miembro exceptúan de la reserva de aquellos empleos a favor de sus nacionales determinados supuestos de navegación comercial (en atención a factores tales como el arqueo bruto del buque, la carga o el número de pasajeros y las características de las travesías) y permiten, respecto de ellos, el acceso de ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea a los correspondientes empleos, ¿cabe someter este acceso a la condición de reciprocidad?

IV. Sobre la primera cuestión

23. Como puede deducirse de la resolución de remisión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber en esencia, mediante su primera cuestión, si el régimen de apertura contenido en el artículo 8, apartado 3, del Real Decreto 2062/1999 responde a una exigencia de Derecho comunitario.

24. El Tribunal de Justicia no puede pronunciarse, en el marco del artículo 234 CE, sobre la interpretación de disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales ni sobre la conformidad de tales disposiciones con el Derecho comunitario. No obstante, puede proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle resolver el problema jurídico que le ha sido sometido. [3] Además, el Tribunal de Justicia puede, en su caso, reformular las cuestiones que se le han planteado. [4]

25. A la vista de la información contenida en la resolución de remisión, es aconseja-

3 — Véanse las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121), apartado 33, y de 4 de mayo de 1993, Distribuidores Cinematográficos (C-17/92, Rec. p. I-2239), apartado 8.

4 — Véase la sentencia de 17 de julio de 1997, Krüger (C-334/95, Rec. p. I-4517), apartado 23.

ble resumir y reformular la primera cuestión:

El artículo 39 CE y los artículos 1 y 4 del Reglamento nº 1612/68 ¿deben interpretarse en el sentido de que otorgan a los Estados miembros el derecho a reservar a los propios nacionales los empleos de capitán y de primer oficial como los contemplados en el artículo 8, apartado 3, del Real Decreto 2062/1999?

A. *Principales alegaciones de los intervinientes*

26. En el presente litigio han presentado sus observaciones los Gobiernos *español, alemán, francés, griego, danés, italiano* y *noruego,* así como la *Comisión.*

27. Salvo el Gobierno noruego, todos los intervinientes consideran, en esencia, que resulta compatible con el artículo 39 CE reservar a los propios nacionales los empleos de capitán y de primer oficial de la marina mercante.

28. Para ello, se basan, fundamentalmente, en la excepción relativa a los «empleos en la administración pública» contenida en el artículo 39 CE, apartado 4, y señalan que, según jurisprudencia reiterada —así como en virtud de la Comunicación de la Comisión— [5] deben entenderse comprendidos en dicha excepción aquellos empleos que suponen una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y que están dirigidos a salvaguardar los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas, y que suponen, por este hecho, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad respecto del Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad. Alegan que, por todo ello, los capitanes de la marina mercante (y los primeros oficiales que los sustituyen) están englobados, como empleados de la administración pública, en la excepción del artículo 39 CE, apartado 4, en razón de las competencias y funciones de poder público que corresponden a su puesto.

29. Por lo que respecta a estas competencias y funciones en particular, el *Gobierno español* señala que el empleo de un capitán de la marina mercante se caracteriza por una doble situación jurídica: por un lado, como personal de alta dirección, se halla en una relación laboral especial con la empresa naviera. Como tal, le corresponden amplísimas facultades de dirección y representación a bordo del buque, considerado éste como centro de trabajo autónomo. Por otro lado, el Gobierno español se remite a una serie de disposiciones legales en virtud de las cuales el capitán debe desempeñar funciones de seguridad y poli-

5 — Comunicación 88/C 72/02, La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la administración pública de los Estados miembros — La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE (DO C 72, p. 2).

cía, así como funciones de fe pública o registrales. En esta medida, el capitán desempeña funciones públicas que lo asimilan a los funcionarios del Estado que con carácter general desempeñan dichas funciones (policía, jueces, notarios, etc.).

30. En el mismo sentido se pronuncian los *demás intervinientes* y exponen que en la mayoría de los Estados miembros se han atribuido a los capitanes competencias de Derecho público, en particular de policía, y que a diferencia del resto de la tripulación del buque ejerce una función pública especial. Esencialmente, coinciden en basar esta afirmación en las particulares exigencias de la travesía, derivadas del mayor nivel de riesgo en alta mar y sobre todo del hecho de que el buque puede hallarse lejos del alcance de las autoridades estatales. Por tanto, como señala el Gobierno griego, el buque necesita, como una «ciudad flotante» que es, un representante del poder y del interés públicos o, como afirma la Comisión, una «autoridad pública a bordo» en la persona del capitán.

31. Según el *Gobierno noruego,* por el contrario, el poder público de que están investidos tradicionalmente los capitanes de buque es muy limitado y de escasa relevancia objetiva para la aplicación de la excepción en virtud del artículo 39 CE, apartado 4. Señala que la necesidad de hacer uso de dicho poder, debido a las posibilidades técnicas actuales, es menor que antes, cuando las travesías duraban más tiempo y era más difícil obtener instrucciones de las autoridades nacionales. Además, en la actualidad más de la mitad de los buques enarbolan pabellones de conveniencia, sin que el hecho de que ni la tripulación ni el capitán de estos buques posean la nacionalidad del Estado del pabellón haya provocado, en general, mayores problemas.

32. En sentido contrario, los *Gobiernos español* y *alemán* consideran que los medios modernos de comunicación no sustituyen la presencia física de un representante del poder público facultado para adoptar decisiones.

33. La *Comisión,* por su parte, basa la validez de una reserva de nacionalidad aplicable a los empleos de capitán y de primer oficial en el ejercicio del poder público relacionado con estos empleos en virtud de la Convención sobre el Derecho del Mar. Efectivamente, según esta Convención, todo Estado está obligado a ejercer su jurisdicción —exclusiva en alta mar— sobre cada buque que enarbole su pabellón y sobre su capitán, oficiales y tripulación. Puesto que los buques poseen la nacionalidad del Estado del pabellón, debe establecerse un auténtico vínculo («genuine link») entre el Estado y el buque.

Por estos motivos, los Estados han conferido al capitán y a quien le sustituya amplias facultades que éstos ejercen en nombre de los Estados.

34. Los *Gobiernos alemán* y *español* también invocan las responsabilidades específicas derivadas del Derecho internacional que corresponden al Estado del pabellón, en especial en virtud de la Convención sobre el Derecho del Mar y que exigen una lealtad especial por parte del capitán que únicamente se origina en el marco de un vínculo de nacionalidad.

35. Además, *varios intervinientes* se pronuncian sobre la cuestión de si los empleos de capitán, en la medida en que se trata de empleados de navieras privadas, también están encuadrados en la excepción del artículo 39 CE, apartado 4, a la vista de las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos C-283/99 [6] y C-114/97, [7] en virtud de las cuales «el concepto de "empleos en la administración pública" no abarca los empleos al servicio de un particular o de una persona jurídica privada».

36. En este contexto, la *Comisión* considera que esta jurisprudencia, aun cuando el Tribunal de Justicia pretendía establecer una interpretación general, no es necesariamente trasladable al caso particular de los capitanes. Efectivamente, el presente caso se distingue de los asuntos resueltos por el Tribunal de Justicia hasta el momento, esencialmente, en que el buque puede abandonar el campo de intervención de los órganos públicos, entendidos éstos en un sentido estricto. En estas circunstancias, parece justificado considerar a un particular sin vinculación institucional alguna con la administración como empleado de la administración pública, en la medida en que, en aras de los intereses generales del Estado, se le han conferido las facultades necesarias para el ejercicio del poder público.

37. Este punto de vista también es compartido, en esencia, por los Gobiernos francés, danés, griego y alemán.

38. A este respecto, el Gobierno francés se remite al hecho de que los empleados en los servicios de seguridad de que se trataba en los asuntos citados no ejercían el poder público y habían desempeñado sus actividades únicamente al servicio de su empresario privado y de forma complementaria al poder público, mientras que el capitán de la marina mercante está investido de funciones públicas y ejerce éstas para el Estado y no para la naviera.

39. El Gobierno griego añade que el contrato por el cual el capitán está empleado en la marina mercante posee elementos tanto de Derecho privado como de Derecho

6 — Sentencia de 31 de mayo de 2001, Comisión/Italia (Rec. p. I-4363), apartado 25.

7 — Sentencia de 29 de octubre de 1998, Comisión/España (Rec. p. I-6717).

público, pues se celebra ciertamente entre el capitán y la naviera, pero con la intervención de las autoridades públicas. Efectivamente, éstas comprueban la capacidad del capitán e inscriben el contrato en el Registro público. Si se tratara de una relación exclusivamente privada y el capitán no estuviera investido de poder público, el Estado debería enviar un funcionario a bordo para velar por los intereses públicos generales.

40. También el Gobierno alemán considera que el capitán, aunque por regla general no es un empleado de la administración pública, es un órgano habilitado («beliehenes Organ») de la administración (indirecta) del Estado. Ello responde también al concepto funcional de administración en el que se basa una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

41. Por tanto, por lo que respecta a la cuestión de si la reserva de nacionalidad únicamente es válida en aquellos casos en que puede resultar necesario, de forma previsible y razonable, que el capitán o el primer oficial ejerzan efectivamente determinadas funciones públicas, el *Gobierno español* propone que se responda en sentido afirmativo. Añade que retiró con carácter excepcional la reserva general de nacionalidad respecto a los capitanes españoles en los casos descritos en el artículo 8, apartado 3, del Real Decreto 2062/1999, en los que la probabilidad de que se ejerza el poder público es muy remota. El Gobierno español destacó en la vista que los buques a los que se refiere esta disposición son buques más pequeños con un radio de acción limitado, que circulan en el interior del territorio jurisdiccional español, de forma que puede retrasarse ligeramente la adopción de actos que impliquen el ejercicio de poderes públicos. Se trata de buques que operan en el sector del ocio y turismo, como por ejemplo en excursiones entre las Islas Canarias o las Islas Baleares.

42. Por el contrario, los *demás intervinientes* se pronuncian mayoritariamente en el sentido de que, en la medida en que, en un Estado miembro, se hayan atribuido a los capitanes facultades de poder público y se les hayan encomendado funciones públicas de representación, los factores como el tamaño del buque o la probabilidad del ejercicio de estas funciones no pueden ser determinantes. La función pública de representación posee más bien un carácter permanente y lo único relevante es que el capitán disponga de tales atribuciones y funciones. La circunstancia de que éstas posean una importancia marginal o la «impronta» pública del puesto carecen de relevancia.

43. Por último, los *Gobiernos español, francés, griego* e *italiano* se basan, con carácter subsidiario —o en el caso del Gobierno italiano con carácter principal—, en la excepción basada en «razones de orden público, seguridad y salud públicas» recogida en el artículo 39 CE, apartado 3.

44. Los Gobiernos español y francés basan esta afirmación en la respuesta de la Comisión a la pregunta escrita nº 2710/96 formulada por el Sr. Klaus Rehder en relación con el Registro español de buques. [8]

45. Sin embargo, la *Comisión* niega esta posibilidad de justificación en el presente caso. Ésta únicamente es aplicable, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [9] y de la Directiva 64/221/CEE, [10] a las medidas nacionales relativas al comportamiento privado de los particulares y, por consiguiente, no puede invocarse esta disposición para excluir todo un ámbito o una profesión de la aplicación del principio de libre circulación alegando que el capitán debe mantener a bordo el orden público y la seguridad.

B. *Apreciación*

46. Según afirma el órgano jurisdiccional remitente, los capitanes y los primeros oficiales de la marina mercante española son trabajadores dependientes de las navieras. Por consiguiente, el acceso a tales empleos está sujeto, con carácter general, a las disposiciones de Derecho comunitario relativas a la libre circulación de trabajadores.

47. En particular, la libre circulación de trabajadores comprende también, en virtud del artículo 39 CE, apartado 2, una prohibición de discriminación con respecto al acceso al empleo. Una reserva de nacionalidad respecto a la contratación como capitán o primer oficial en un buque mercante, al constituir una limitación del acceso claramente discriminatoria, sólo puede ser compatible con el principio de libre circulación y de no discriminación de los trabajadores en virtud de las excepciones recogidas en el artículo 39 CE, apartados 3 o 4.

48. Lo mismo cabe afirmar respecto a los artículos 1 y 4 del Reglamento nº 1612/68, citados en la cuestión prejudicial, pues con estas medidas únicamente se especifican y desarrollan determinados aspectos del derecho de acceso al empleo derivado del artículo 39 CE. [11]

49. Por consiguiente, a continuación procede examinar si es procedente una reserva de nacionalidad para los empleos de capitán y primer oficial en buques de la marina mercante española sobre la base de las excepciones recogidas en el artículo 39 CE, apartados 3 o 4. Puesto que el apartado 3 del artículo 39 CE sólo puede aplicarse en la medida en que no se aplique la excepción relativa a los empleos en la administración

8 — DO C 83, de 14 de marzo de 1997, p. 53.

9 — Sentencia de 29 de octubre de 1998 (citada en la nota 7 *supra*), apartado 42.

10 — Directiva del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (DO 1964, 56, p. 850; EE 05/01, p. 36).

11 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de mayo de 1998, Clean Car Autoservice (C-350/96, Rec. p. I-2521), apartado 17, y de 23 de febrero de 1994, Scholz (C-419/92, Rec. p. I-505), apartado 6.

pública en virtud del apartado 4 de este artículo, [12] comenzaré examinando esta última disposición.

1. Sobre la excepción relativa a los empleos en la administración pública con arreglo al artículo 39 CE, apartado 4

50. El artículo 39 CE, apartado 4, excluye los «empleos en la administración pública» de la aplicación de las normas relativas a la libre circulación de trabajadores y permite así a los Estados miembros impedir a los nacionales de otros Estados miembros el acceso a los empleos propios de este ámbito. [13]

51. Como también ha señalado el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Justicia ya tuvo que decidir sobre la admisibilidad de un requisito de nacionalidad respecto a los empleos propios de la navegación, concretamente en la marina mercante, en el ámbito de aplicación de la libre circulación de trabajadores.

52. En la sentencia Comisión/Bélgica, el Tribunal de Justicia estableció la existencia de un incumplimiento del Tratado en la medida en que determinados puestos de trabajo en el ámbito de la navegación estaban reservados a los propios nacionales. Sin embargo, precisamente los empleos de capitán y primer oficial no formaban parte del objeto del litigio en dicho procedimiento, de conformidad con el recurso de la Comisión y por tanto no se recogieron expresamente en el fallo de la sentencia. [14]

53. En el asunto Comisión/Grecia, el Tribunal de Justicia consideró que un requisito de nacionalidad general aplicable (entre otros) a todos los empleos propios del ámbito de la navegación no estaba cubierto por la excepción del artículo 39 CE, apartado 4.

54. El Tribunal de Justicia justificó su decisión señalando que la mayoría de los empleos propios del ámbito (entre otros) del transporte marítimo «están alejados de las actividades específicas de la Administración Pública». [15]

55. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no excluyó en la sentencia Comisión/Grecia que determinados empleos propios de este ámbito pueden estar comprendidos en el ámbito de aplicación de la excepción del artículo 39 CE, apartado 4.

12 — Véase la sentencia de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica (149/79, Rec. p. 3881), apartado 10.

13 — Véanse, entre otras, las sentencias de 12 de marzo de 1998, Comisión/Grecia (C-187/96, Rec. p. I-1095), apartado 17; de 13 de noviembre de 1997, Grahame y Hollanders (C-248/96, Rec. p. I-6407) apartado 32; de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica (citada en la nota 12 *supra*), apartado 10, y de 12 de febrero de 1974, Sotgiu (152/73, Rec. p. 153), apartado 3.

14 — Sentencia de 1 de diciembre de 1993, Comisión/Bélgica (C-37/93, Rec. p. I-6295), apartado 1 y fallo.

15 — Sentencia de 2 de julio de 1996, Comisión/Grecia (C-290/94, Rec. p. I-3285), apartado 34.

56. Antes de examinar más concretamente cada una de las cuestiones de Derecho planteadas en el presente asunto, recordaré a grandes rasgos las líneas principales de la interpretación que el Tribunal de Justicia hace del artículo 39 CE, apartado 4.

a) Sobre la interpretación del concepto de empleos en la administración pública según la jurisprudencia en general

57. La jurisprudencia reciente y el hecho de que, según afirman el órgano jurisdiccional remitente y el Gobierno español, el capitán y el primer oficial en los buques de la marina mercante española son empleados de navieras privadas, han reanimado entre los intervinientes la antigua discusión de si el concepto de «empleos en la administración pública» del artículo 39 CE, apartado 4, debe interpretarse en sentido «funcional» o «institucional».

58. Debe establecerse la premisa de que, puesto que el artículo 39 CE, apartado 4, constituye una excepción al principio general de libre circulación y de no discriminación de los trabajadores, el concepto de administración pública debe interpretarse restrictivamente. [16]

59. Además, el concepto de administración pública en el sentido del artículo 39 CE, apartado 4, debe ser interpretado y aplicado uniformemente en toda la Comunidad, para evitar que «la eficacia y el alcance de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de los trabajadores y a la igualdad de trato de los nacionales de todos los Estados miembros se vean limitadas por interpretaciones del concepto de Administración pública derivadas exclusivamente del Derecho nacional, que impedirían la aplicación de las normas comunitarias». [17]

60. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, la determinación de este concepto no puede dejarse a la «absoluta» discreción de los Estados miembros. [18]

61. Así pues, no debe considerarse determinante, por ejemplo, el tipo de relación jurídica existente entre el empleado y la administración que le contrata, porque las correspondientes calificaciones jurídicas «varían según las legislaciones nacionales y, por consiguiente, no pueden aportar un criterio de interpretación adecuado a las exigencias del Derecho comunitario». [19]

16 — Véanse, entre otras, las sentencias de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia (225/85, Rec. p. 2625), apartado 7, y de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum (66/85, Rec. p. 2121), apartado 28.

17 — Véase, en particular, la sentencia de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica (citada en la nota 12 *supra*), apartados 12 y 19.

18 — Sentencias de 2 de julio de 1996, Comisión/Luxemburgo (C-473/93, Rec. p. I-3207), apartado 26, y de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica (citada en la nota 12 *supra*), apartado 18.

19 — Véanse las sentencias Sotgiu (citada en la nota 13 *supra*), apartado 5, y de 3 de junio de 1986, Comisión/Francia (307/84, Rec. p. 1725), apartado 11.

62. En cualquier caso, el artículo 39 CE, apartado 4, debe interpretarse «funcionalmente», en el sentido de que «se tenga en cuenta la naturaleza de las tareas y de las responsabilidades propias del empleo». [20]

63. Únicamente pueden englobarse en el ámbito de aplicación del artículo 39 CE, apartado 4, aquellos empleos que son «característicos de las actividades específicas de la Administración pública». [21]

64. Deben entenderse comprendidos entre dichos empleos, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, aquellos «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». [22] El Tribunal de Justicia consideró que entre tales actividades están aquellas que «suponen [...] 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». [23]

65. A pesar de la interpretación funcional del Tribunal de Justicia aquí expuesta, sin embargo, están claramente excluidos del ámbito de aplicación de la excepción del artículo 39 CE, apartado 4, aquellos empleos que, con independencia de las funciones que implican, no pueden circunscribirse en la administración pública del Estado desde un punto de vista institucional.

66. Esto cabe deducir al menos de la jurisprudencia más reciente relativa a esta disposición, a la que se ha remitido en particular la Comisión. Efectivamente, el Tribunal de Justicia negó, en el asunto C-114/97, la aplicabilidad del artículo 39 CE, apartado 4 —a diferencia de la excepción recogida en el artículo 45 CE—, sin examinar las atribuciones y funciones, alegando simplemente que «las empresas de seguridad privada no forman parte de la administración pública». [24]

67. Finalmente, en la sentencia pronunciada en el asunto C-283/99, el Tribunal de Justicia segregó expresamente la excepción del artículo 39 CE, apartado 4, de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, que prevén excepciones para las actividades vinculadas al ejercicio del poder público y declaró que «el concepto de "empleos en la administración pública" no abarca los empleos al

20 — Véanse las sentencias de 2 de julio de 1996, Comisión/Luxemburgo (citada en la nota 18 *supra*), apartado 28, y Comisión/Francia (citada en la nota 19 *supra*), apartado 12.

21 — Véanse las sentencias Comisión/Luxemburgo (citada en la nota 18 *supra*), apartado 27, y, con anterioridad, de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica (citada en la nota 12 *supra*), apartado 12.

22 — Entre otras, las sentencias de 2 de julio de 1996, Comisión/Grecia (citada en la nota 15 *supra*), apartado 34, Lawrie-Blum (citada en la nota 16 *supra*), apartado 27, y de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica (citada en la nota 12 *supra*), apartado 10.

23 — Entre otras, las sentencias de 2 de julio de 1996, Comisión/Grecia (citada en la nota 15 *supra*), apartado 2; Lawrie-Blum (citada en la nota 16 *supra*), apartado 28, y de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica (citada en la nota 12 *supra*), apartado 10.

24 — Sentencia de 29 de octubre de 1998, Comisión/España (citada en la nota 7 *supra*), apartados 33 y 35 y ss.

servicio de un particular o de una persona jurídica privada, *cualesquiera que sean las funciones del empleado*».[25]

68. Esta declaración del Tribunal de Justicia es clara y concluyente. Es indiscutible que el Tribunal de Justicia excluyó a estos guardias de seguridad del ámbito de aplicación del artículo 39 CE, apartado 4, únicamente por estar empleados al servicio de una persona de Derecho privado.

69. Además, este criterio de interpretación referido, en principio, a la adscripción organizativa o institucional del empleo no se contradice necesariamente con la anterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

70. Efectivamente, de dicha jurisprudencia anterior puede deducirse que con el criterio funcional se pretende evitar que 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» les sea aplicable la excepción prevista en el artículo 39 CE, apartado 4.[26] Ello teniendo en cuenta, además, que «el poder público ha asumido responsabilidades de carácter económico y social, o participa en actividades que no son asimilables a las funciones típicas de la Administración pública».[27]

71. Por tanto, antes de la sentencia pronunciada en el asunto C-283/99, el Tribunal de Justicia sólo rechazó una interpretación puramente institucional en el sentido de que, en caso contrario, la excepción recogida en el artículo 39 CE, apartado 4, abarcaría todos los empleos que tuvieran una (simple) relación orgánica con las instituciones estatales.

72. Ambos criterios de adscripción institucional y funcional a la administración pública no se excluyen mutuamente, sino que más bien se complementan formando un criterio de interpretación restrictivo, tal como cabe esperar tratándose de una excepción al principio de libre circulación y no discriminación de los trabajadores como la contenida en el artículo 39 CE, apartado 4. Por tanto, la aplicabilidad de esta excepción debe examinarse desde ambos puntos de vista institucional y funcional.

b) Sobre las cuestiones de Derecho planteadas en el presente litigio en particular

73. Por consiguiente, pese a que según la jurisprudencia debe suponerse que, en

25 — Sentencia de 31 de mayo de 2001, Comisión/Italia (citada en la nota 6 *supra*), apartado 25; el subrayado es mío. Véase también el razonamiento del Abogado General Sr. Jacobs en las conclusiones presentadas el 15 de febrero de 2001 en dicho asunto, punto 26, a las que se remitió el Tribunal de Justicia en este pasaje.

26 — Véanse las sentencias de 2 de julio de 1996, Comisión/Luxemburgo (citada en la nota 18 *supra*), apartado 2, y de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica (citada en la nota 12 *supra*), apartados 10 y 11.

27 — Sentencia de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica (citada en la nota 12 *supra*), apartado 11.

principio, el empleo al servicio de una persona de Derecho privado no está amparado por la excepción del artículo 39 CE, apartado 4, varios intervinientes han alegado, en mi opinión acertadamente, que la situación propia del servicio a bordo del buque se distingue de los empleos «típicos» en tierra firme de un forma tal que cabe cuestionar la aplicabilidad de un criterio puramente institucional a los capitanes.

74. La peculiaridad relevante en el presente caso no estriba tanto en el mayor peligro que pueda llevar consigo la travesía, sino en el hecho de que los buques pueden trasladarse fuera del territorio de jurisdicción del Estado del pabellón, es decir, lejos del alcance de las autoridades nacionales a través de las cuales el Estado del pabellón ejerce su soberanía.

75. Como se desprende, entre otros, del artículo 94 de la Convención sobre el Derecho del Mar, los buques están sometidos en cualquier momento, incluso fuera del territorio jurisdiccional del Estado del pabellón, a su jurisdicción y control.

76. Por ello cabría considerar que los buques son partes flotantes del ámbito jurisdiccional del Estado del pabellón.

77. Respecto a estas partes, el poder público únicamente puede organizarse, de forma realista, a través de la tripulación existente. Ello quiere decir que si el Estado del pabellón quiere utilizar el poder estatal de organización que le corresponde y tener a bordo un representante del poder público desde luego sólo puede servirse de las autoridades que se hallan a bordo, como son el capitán o el primer oficial.

78. En estas circunstancias, no considero correcto que se excluya con carácter general la pertenencia a la administración pública de un empleo de capitán de buques por el mero hecho de que, formalmente, este empleo no se halla en ninguna relación laboral con el Estado, sino con una empresa privada.

79. Por consiguiente, debe establecerse, como conclusión provisional, que no cabe excluir con carácter general la aplicabilidad del artículo 39 CE, apartado 4, en el caso de capitanes de buques y sus representantes por el mero hecho de que éstos sean empleados de personas físicas o jurídicas de Derecho privado.

80. No obstante, por lo que respecta a los empleos controvertidos en el presente asunto, según afirman el órgano jurisdiccional remitente y el Gobierno español, los buques de la marina mercante contemplados en la normativa controvertida en el litigio principal, el artículo 8, apartado 3, del Real Decreto 2062/1999, son aquellos que operan únicamente dentro de las aguas jurisdiccionales del Estado del pabellón o entre puertos o territorios sobre los que el Estado del pabellón ejerce su jurisdicción.

81. Por tanto, debe señalarse que la premisa en que se basan las anteriores consideraciones relativas a la aplicabilidad del artículo 39 CE, apartado 4, a saber, que el buque puede abandonar el territorio de jurisdicción estatal y sustraerse a la intervención de las autoridades nacionales competentes, no se da, aparentemente, respecto a los empleos controvertidos.

82. A continuación procede examinar si los empleos de características como las que son objeto de la primera cuestión pueden englobarse, desde un punto de vista funcional, es decir, según la naturaleza de las funciones propias de estos empleos, en el concepto de administración pública en el sentido del artículo 39 CE, apartado 4.

83. Sin duda alguna, por lo que respecta a la dirección (empresarial y técnica) del buque como tal, la actividad de un capitán o un primer oficial de buques de la marina mercante no constituye por su contenido una actividad administrativa, pero se ha alegado que estos empleos llevan también aparejadas funciones de representación pública.

84. Según la jurisprudencia, la cuestión de si la actividad del capitán implica funciones propias de la administración pública debe examinarse, como ya se ha indicado, a la luz de los criterios de «ejercicio del poder público» y «salvaguardia de los intereses generales del Estado», sobre cuyo significado concreto el Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado.

85. Esto no está exento de problemas, pues estos conceptos tampoco pueden entenderse desde la correspondiente perspectiva del Derecho nacional, debido a la necesidad de una interpretación uniforme del artículo 39 CE, apartado 4.

86. En cualquier caso, cabe suponer que la expresión «poder público» debe referirse a las facultades que van más allá de las atribuciones que corresponden a cualquier persona y en particular —como expresión del núcleo de la soberanía del Estado— de las facultades relativas al ejercicio del poder coercitivo. [28]

87. Por otra parte, el Tribunal de Justicia siempre hace referencia, además, a la «salvaguardia de los intereses generales del Estado». Dado que el Tribunal de Justicia une generalmente mediante la conjunción «y» los criterios de participación en el ejercicio del poder público y de salvaguardia de los intereses generales del Estado y se exige una interpretación res-

28 — Véase, a este respecto, la definición del concepto de poder público ofrecida por el Abogado General Sr. Mayras en las conclusiones presentadas el 28 de mayo de 1974 en el asunto 2/74 (sentencia de 21 de junio de 1974, Reyners, Rec. pp. 631 y ss., especialmente p. 665); véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. Mancini presentadas el 15 de abril de 1986 en el asunto Comisión/Francia (sentencia citada en la nota 19 *supra*), Rec. pp. 1729 y ss.

trictiva del concepto de administración pública, se ha señalado además en varias ocasiones que ambos requisitos deben cumplirse de forma acumulativa. [29]

88. Por lo que respecta a las atribuciones vinculadas a los empleos de un capitán y un primer oficial de la marina mercante española, quiero señalar, en primer lugar, que las funciones de los capitanes relativas a la aplicación y observancia de las obligaciones de Derecho público nacional, internacional o comunitario, o instrucciones, como las denomina el Gobierno alemán en el ámbito de la seguridad en la travesía y de la protección del medio ambiente, no pueden equipararse al ejercicio del poder público.

89. Así, debe declararse que, según lo expuesto por el órgano jurisdiccional remitente y los intervinientes, al capitán y al primer oficial de la marina mercante española se les atribuyen con carácter general funciones de policía sobre las personas que se hallan a bordo, para cuyo cumplimiento están también capacitados para imponer sanciones. En tal caso se trata ciertamente de algo más que de una mera contribución al mantenimiento de la seguridad pública, para la que puede ser requerido o habilitado cualquier individuo. [30]

90. Además, debe declararse que, con arreglo a las disposiciones españolas aplicables a los capitanes y a los oficiales que los sustituyen en la marina mercante, se prevén funciones relativas al estado civil y a la fe pública de notaría basadas en el interés público general y que no se justifican únicamente por las necesidades del mando del buque.

91. Como consecuencia de todo ello, no pondría en tela de juicio que estas funciones y atribuciones previstas en el Derecho español constituyen poderes y competencias soberanas de protección de los intereses generales del Estado en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

92. Pero, al mismo tiempo, quiero discutir la opinión de la Comisión y de otros intervinientes, según los cuales el simple hecho de que tales atribuciones y funciones estén *previstas* en el Derecho nacional del Estado miembro considerado es suficiente para calificar automáticamente una actividad como «administrativa».

93. Es necesario, más bien, obtener una visión de conjunto que se base en las funciones *realmente* ligadas al empleo.

94. En el caso contrario, y debido a la facultad que incumbe indiscutiblemente a

29 — Véanse, por ejemplo, las conclusiones del Abogado General Sr. Léger presentadas el 5 de marzo de 1996 en el asunto Comisión/Grecia (sentencia citada en la nota 15 *supra*), punto 23, y las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz presentadas en el asunto Lawrie-Blum (sentencia citada en la nota 16 *supra*), Rec. p. 2135.

30 — Véanse las apreciaciones del Tribunal de Justicia, perfectamente trasladables al presente asunto, respecto al concepto de «ejercicio del poder público» con arreglo al artículo 45 CE contenidas en la sentencia Comisión/España (citada en la nota 7 *supra*), apartados 36 y 37.

los Estados miembros de organizar su administración como consideren necesario y conferir poder público a determinados empleos, cabría el peligro de que la existencia de tal poder público que, en la práctica, no posee ninguna relevancia o (ya) no tiene ninguna importancia práctica, pudiera amparar excepciones al ámbito de aplicación de la libre circulación de trabajadores. De este modo, cada Estado miembro podría vedar eventualmente el acceso de los trabajadores a distintos ámbitos de actividad, lo que no parece compatible con la aplicación necesariamente restrictiva y uniforme de la excepción relativa a los empleos en la administración pública.

95. Si se tiene en cuenta, por tanto, que el artículo 39 CE, apartado 4, constituye una excepción al principio de libre circulación de mercancías cuyo alcance debe limitarse a lo absolutamente imprescindible,[31] considero contrario a una aplicación correcta de esta excepción el hecho de que se deba excluir del principio de libre circulación de los trabajadores un empleo por ser un «empleo en la administración pública» únicamente por las prerrogativas de poder público y las funciones habitualmente previstas para el mismo.

96. Debe deducirse de la información aportada por el órgano jurisdiccional remitente y por el Gobierno español que los empleos de capitán y de primer oficial de la marina mercante española contemplados en la normativa controvertida en el litigio principal son empleos en los que el ejercicio de funciones de representación pública tiene, en la práctica, una relevancia escasa o incluso nula.

97. Al examinar conjuntamente las atribuciones y funciones realmente ligadas a los empleos de capitán y de primer oficial de la marina mercante española, que son objeto del artículo 8, apartado 3, del Real Decreto 2062/1999, procede concluir, por tanto, que tales empleos no reúnen los requisitos «muy estrictos» necesarios para la aplicabilidad de la excepción a la libre circulación de trabajadores en virtud del artículo 39 CE, apartado 4.

2. Sobre la justificación de la reserva de nacionalidad en virtud del artículo 39 CE, apartado 3

98. Por lo que respecta a la excepción recogida en el artículo 39 CE, apartado 3, debe deducirse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que una exclusión tan general del acceso a determinadas actividades profesionales como un requisito de nacionalidad —en el presente caso para capitanes y primeros oficiales de la marina mercante— no puede justificarse por las razones de orden público, seguridad pública y salud pública a que se refiere este

31 — Véanse las sentencias Comisión/Italia (citada en la nota 16 *supra*), apartado 7, y Lawrie-Blum (citada en la nota 16 *supra*), apartado 28. Véanse, asimismo, las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz, presentadas el 29 de abril de 1986 en el asunto Lawrie-Blum (sentencia citada en la nota 16 *supra*), Rec. p. 2136, que en este contexto hace referencia al principio de proporcionalidad.

artículo, ni siquiera cuando este requisito se refiere sólo a determinadas categorías de empleos. [32]

99. La facultad de los Estados miembros de limitar la libre circulación de las personas por estos motivos no tiene por objeto dejar determinados sectores económicos o actividades profesionales fuera del ámbito de aplicación de este principio. [33]

100. Por consiguiente, del artículo 39 CE, apartado 3, no puede deducirse la procedencia de una reserva de nacionalidad general ni parcial aplicable a empleos como el de capitán o de primer oficial en la marina mercante española.

101. A la vista de todo lo que precede, debe responderse a la primera cuestión que el artículo 39 CE y los artículos 1 y 4 del Reglamento nº 1612/68, deben interpretarse en el sentido de que no otorgan a un Estado miembro el derecho a reservar a sus propios nacionales los empleos de capitán y primer oficial de buques mercantes tal como se prevé en el artículo 8, apartado 3, del Real Decreto 2062/1999.

V. Sobre la segunda cuestión

A. *Principales alegaciones de los intervinientes*

102. Existe en gran medida unanimidad entre los intervinientes respecto al hecho de que los Estados miembros pueden, ciertamente, con arreglo al artículo 39 CE, apartado 4, reservar los empleos controvertidos a los propios nacionales, pero que también pueden renunciar total o parcialmente a esta reserva. Los intervinientes discrepan, sin embargo, sobre si en caso de renuncia o de una apertura total o parcial del acceso a estos empleos deben respetarse determinadas normas de Derecho comunitario, que pudieran oponerse, por ejemplo, a la imposición de una condición de reciprocidad.

103. Según el Gobierno español, la reserva de nacionalidad constituye un derecho que los Estados miembros pueden ejercer, pero también limitar bajo sus propias condiciones. Los Gobiernos griego y danés también opinan que, al aceptar la validez de la reserva de nacionalidad ilimitada, se responde automáticamente a la segunda cuestión en el mismo sentido.

104. Remitiéndose al asunto C-149/79, [34] el Gobierno francés alega que la regulación de los empleos comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 39 CE, aparta-

32 — Véanse, entre otras, las sentencias Comisión/España (citada en la nota 7 *supra*), apartados 40 a 42, y de 7 de mayo de 1986, Gül (131/85, Rec. p. 1573), apartado 17.

33 — *Ibidem*.

34 — Sentencia de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica (citada en la nota 12 *supra*), apartado 10.

do 4, es competencia exclusiva de los Estados miembros, por lo que éstos son libres de permitir el acceso a estos empleos a otros nacionales estableciendo los requisitos que estimen oportunos, como la condición de reciprocidad.

105. Por el contrario, la Comisión opina que en el caso de una apertura parcial deben respetarse las disposiciones de Derecho comunitario. Basándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [35] alega que la condición de reciprocidad en el marco del acceso a los empleos controvertidos es contraria, por tanto, al principio de igualdad de trato.

106. El Gobierno noruego alega, remitiéndose al asunto C-152/73, [36] que el mero hecho de que se admitan nacionales de otros Estados miembros ya demuestra que los intereses que justifican las excepciones al principio de igualdad de trato no están amenazados. El Gobierno francés replica que, a diferencia de aquel asunto, el presente litigio no tiene por objeto las condiciones de trabajo, sino el propio acceso al empleo.

B. *Apreciación*

107. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si resulta compatible con la libre circulación de trabajadores establecida en el artículo 39 CE someter el acceso de nacionales de otros Estados miembros a empleos como el de capitán y primer oficial contemplados en el artículo 8, apartado 3, del Real Decreto 2062/1999, a una condición de reciprocidad.

108. Como ya se ha señalado en el marco de la primera cuestión, los empleos como los contemplados en el artículo 8, apartado 3, del Real Decreto 2062/1999 no están comprendidos en la excepción de «empleos de la administración pública» del artículo 39 CE, apartado 4, por lo que un Estado miembro está obligado, con arreglo al artículo 39 CE, a garantizar a los nacionales de otros Estados miembros el acceso a dichos empleos, sin discriminación alguna.

109. De la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende claramente que no cabe someter este acceso a una condición de reciprocidad. Efectivamente, según esta jurisprudencia «el cumplimiento de las obligaciones que el Tratado CE o el Derecho derivado imponen a los Estados miembros no puede someterse a una condición de reciprocidad». [37]

35 — Sentencia de 22 de junio de 1972, Frilli (1/72, Rec. p. 457), apartado 19, y de 2 de febrero de 1989, Cowan (186/87, Rec. p. 195), apartado 20.

36 — Sentencia Sotgiu (citada en la nota 13 *supra*), apartado 4.

37 — Sentencia de 16 de mayo de 2002, Comisión/Italia (C-142/01, Rec. p. I-4541), apartado 7; véanse, asimismo, las sentencias de 29 de marzo de 2001, Portugal/Comisión (C-163/99, Rec. p. I-2613), apartado 22; de 6 de junio de 1996, Comisión/Italia (C-101/94, Rec. p. I-2691), apartado 27; de 14 de febrero de 1984, Comisión/Alemania (325/82, Rec. p. 777), apartado 11, y de 25 de septiembre de 1979, Comisión/Francia (232/78, Rec. p. 2729), apartado 9.

110. Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión que el acceso a empleos como los controvertidos en el litigio principal no puede someterse a una condición de reciprocidad.

VI. Conclusión

111. En virtud de todas las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas en los siguientes términos:

«1) El artículo 39 CE y los artículos 1 y 4 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, deben interpretarse en el sentido de que no otorgan a un Estado miembro el derecho a reservar a sus propios nacionales los empleos de capitán y primer oficial de buques mercantes tal como se prevé en el artículo 8, apartado 3, del Real Decreto 2062/1999.

2) El acceso a tales empleos por parte de los nacionales de otros Estados miembros no puede someterse a una condición de reciprocidad.»