

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. CHRISTINE STIX-HACKL
presentadas el 12 de junio de 2003¹

I. Introducción

la que he realizado en las conclusiones presentadas en el asunto C-405/01, me remitiré a dichas conclusiones.

1. Mediante su cuestión prejudicial, el Schleswig-Holsteinische Oberverwaltungsgericht desea saber fundamentalmente si el empleo de capitán en los buques de pesca dedicados a la pequeña navegación marítima constituye un «empleo en la administración pública» a efectos del artículo 39 CE, apartado 4, y si, en consecuencia, un Estado miembro puede reservar tal empleo a sus propios nacionales.

II. Marco jurídico

A. Derecho comunitario

2. En el presente asunto se plantean cuestiones jurídicas considerablemente similares a las suscitadas en el asunto C-405/01 (Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española contra Administración del Estado; con la intervención de: Asociación de Navieros Españoles [ANAVE]), que se refiere a los empleos de capitán y de primer oficial de los buques de la Marina Mercante Española. En el día de hoy presento también mis conclusiones en dicho asunto.² En la medida en que coincida el contenido de las alegaciones o que dicho contenido dé lugar a una apreciación como

3. 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».

B. Derecho internacional

4. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982 (en lo sucesivo, «Convención sobre el Derecho del mar») contiene, entre

¹ — Lengua original: alemán.

² — Conclusiones presentadas el 12 de junio de 2003 en el asunto C-405/01 (Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española/Administración del Estado, aún no publicadas en la Recopilación).

otras, las siguientes disposiciones generales sobre la navegación en alta mar:

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 91

«Artículo 94

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.

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 enarboles su pabellón.

[...]»

2. En particular, todo Estado:

«Artículo 92

[...]

Condición jurídica de los buques

1. Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y, salvo en los casos

b) ejercerá su jurisdicción de conformidad con su derecho interno sobre todo buque que enarbole su pabellón y sobre el capitán, oficiales y tripulación, res-

pecto de las cuestiones administrativas, técnicas y sociales relativas al buque.

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.

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

C. Derecho nacional

[...]

1. Disposiciones relativas a la habilitación para el servicio como capitán de buques de pesca

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.

a) *Schiffsbesetzungsverordnung* (Reglamento sobre la tripulación de los buques) de 26 de agosto de 1998 (BGBl. I, p. 323), modificado por el Reglamento de 29 de octubre de 2001 (BGBl. I, p. 2785) (en lo sucesivo, «*Schiffsbesetzungsverordnung*»)

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

5. El artículo 2, apartado 2, del *Schiffsbesetzungsverordnung* 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.»

b) 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 (BGBl. I, p. 2785) (en lo sucesivo, «Schiffsoffizier-Ausbildungsverordnung»)

6. El Schiffsoffizier-Ausbildungsverordnung regula la formación de los oficiales de buque y la expedición de certificados de aptitud.

7. A tenor de su artículo 21a, los certificados de aptitud de los nacionales de otro Estado miembro o de un Estado miembro del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo serán equiparados a los certificados de aptitud alemanes si se cumplen determinados requisitos.

8. Con arreglo al artículo 21c de este Reglamento, la Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord (Dirección general de aguas y navegación) expedirá a instancia del interesado un certificado de convalidación de los certificados de aptitud equiparados en virtud del artículo 21a de dicho Reglamento.

9. No obstante, los citados certificados de aptitud equiparados no otorgan 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. El artículo 24, apartado 2, del Reglamento 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 [...]»

2. Disposiciones relativas a las funciones y competencias del capitán

a) Competencias derivadas de la Seemannsgesetz (Ley sobre el marinero) de 26 de julio de 1957 (en lo sucesivo, «Seemannsgesetz»)

10. El artículo 106 de la Seemannsgesetz establece en resumen lo siguiente:

«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 4). 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 Seemannsgesetz, 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».
 12. El abuso de la competencia para dar tales órdenes está a su vez castigado (artículo 117 en relación con el artículo 115, apartado 4, de la Seemannsgesetz).
 - b) Disposiciones sobre el estado civil en virtud del Ausführungsverordnung zum Personenstandsgesetz (Reglamento de desarrollo de la ley sobre el estado civil) de 12 de agosto de 1957, modificado en último término por el Reglamento de 17 de diciembre de 2001 (BGBl. I, p. 3752) (en lo sucesivo, «Ausführungsverordnung zum Personenstandsgesetz»)
- Con arreglo al artículo 45, apartado 1, del Ausführungsverordnung, el naci-

miento o la muerte de una persona ocurrido durante un viaje a bordo de un buque alemán de navegación marítima deberá ser inscrito por el Registrador del Standesamt (Registro Civil) I de Berlín. Con arreglo al artículo 45, apartado 2, de dicho Ausführungsverordnung, el nacimiento o la muerte deberá notificarse al capitán a más tardar al día siguiente. 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.

- Con arreglo al artículo 45, apartado 3, el capitán deberá levantar acta del nacimiento o de la muerte que le hayan sido notificados, y deberá entregarla en el primer Seemannsamt (Capitanía marítima) en que sea posible.
- Con arreglo al artículo 48, apartado 2, los nacimientos que tengan lugar en un buque de navegación fluvial deberán ser inscritos por el Registrador de la circunscripción en la que el buque eche ancla o atraque en primer lugar.
- Con arreglo al artículo 49, las defunciones ocurridas, entre otros, en buques de navegación fluvial deberán ser ins-

critas por el Registrador de la circunscripción en la que se desembarque el cadáver.

III. Procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

13. Los demandantes del procedimiento principal, Albert Anker, Klaas Ras y Albertus Snoek, son nacionales neerlandeses y están empleados como marineros en buques de pesca de pabellón alemán dedicados a la pequeña navegación en alta mar. Todos ellos son titulares de un «Diploma voor de Zeevisvaart SW V», que según el Derecho neerlandés autoriza a ejercer el empleo de capitán en buques del tipo de aquellos en los que trabajan.

14. El fondo del procedimiento principal consiste en un litigio respecto a la habilitación de los demandantes para ejercer también el empleo de capitán en buques de pesca bajo el pabellón de la República Federal de Alemania.

15. La Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord, demandada en el procedimiento principal, desestimó las solicitudes de los demandantes de que les expidiera un certificado de convalidación con arreglo al artículo 21c del Schiffsoffizier-Ausbil-

dungsverordnung, así como las reclamaciones presentadas contra la resolución desestimatoria, basándose en el artículo 106 de la Seemannsgesetz y en el artículo 24, apartado 2, del Schiffsoffizier-Ausbildungsverordnung.

16. Los recursos interpuestos contra las resoluciones desestimatorias de las reclamaciones fueron a su vez desestimados por el Verwaltungsgericht que conoció de ellos en primera instancia mediante sentencias de 14 de noviembre de 2000. Este Verwaltungsgericht consideró que el régimen contenido en el artículo 24, apartado 2, del Schiffsoffizier-Ausbildungsverordnung, a tenor del cual los certificados de aptitud extranjeros expedido por el Servicio náutico no dan derecho «a ejercer el empleo de capitán de buques de pabellón alemán», es compatible con el Derecho de rango superior y, en particular, con el artículo 39 CE, apartado 4.

17. El órgano jurisdiccional remitente debe resolver ahora sobre el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra las citadas sentencias del Verwaltungsgericht.

18. Según lo expuesto en la resolución de remisión, esta decisión depende de si la regulación contenida en el artículo 24, apartado 2, del Schiffsoffizier-Ausbildungsverordnung es compatible con el artículo 39 CE. Los demandantes negaron ante el órgano jurisdiccional remitente que les sea

aplicable la excepción del artículo 39 CE, apartado 4.

19. El órgano jurisdiccional remitente señala en primer lugar que no alberga dudas sobre el hecho de que los demandantes pueden invocar la libre circulación de trabajadores. En efecto, la función de capitán que tienen intención de desempeñar se encuadraría en una relación laboral, por cuenta ajena y retribuida, con la correspondiente empresa pesquera. A juicio del citado órgano jurisdiccional, lo anterior es válido también para el demandante Sr. Ras, a pesar de que es socio de Seefischereibetrieb SC-25 GmbH, dado que esta circunstancia no afecta al hecho de que también él se encuentra en una relación laboral de dependencia con la empresa pesquera.

20. Según la resolución de remisión, dicho órgano jurisdiccional alberga dudas considerables sobre la compatibilidad del régimen contenido en el artículo 24, apartado 2, del Schiffsoffizier-Ausbildungsverordnung con el artículo 39 CE y, en particular, sobre el hecho de que esta disposición esté justificada por el artículo 39 CE, apartado 4.

21. En su opinión, todo hace pensar que, a pesar de las competencias del capitán derivadas del artículo 106 de la Seemannsgesetz, la función de capitán de buques de pesca dedicados a la pequeña navegación en alta mar, en la práctica, no puede, a la

luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, encuadrarse en el ámbito de la administración pública en el sentido del artículo 39 CE, apartado 4.

22. El órgano jurisdiccional remitente afirma, en particular, que estas competencias del capitán se derivan en lo fundamental de deberes generales de actuación, civiles y penales, y que no parecen constituir la parte esencial del trabajo del capitán, por lo que, en virtud del Derecho nacional, es cuando menos dudoso que el capitán ejerza poderes públicos.

23. Según la resolución de remisión, para resolver las cuestiones jurídicas que se plantean en el presente asunto en relación con el artículo 39 CE, apartado 4, es necesario determinar, habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en primer lugar, si un ámbito que no pertenece siquiera a la administración pública institucional en virtud del Derecho del Estado miembro puede formar parte de la administración pública en el sentido del artículo 39 CE, apartado 4, y, en segundo lugar, si las competencias especiales que el artículo 106 de la *Seemannsgesetz* atribuye al capitán, en cuanto ejercicio de la administración pública, caracterizan de tal forma la actividad del capitán que constituyan la parte esencial de su actividad. El órgano jurisdiccional remitente considera casi obvio que procede responder negativamente a ambas cuestiones.

24. No obstante, para despejar la última duda, la Sala Cuarta del Schleswig-Holsteinische Obergerverwaltungsgericht, mediante resolución de 31 de enero de 2002, suspendió el procedimiento y planteó 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 bajo pabellón de un Estado miembro, la nacionalidad de este Estado miembro, en el caso concreto la alemana?

IV. Principales alegaciones de las partes

25. En el presente asunto han presentado observaciones los *demandantes* del procedimiento principal, el *Gobierno alemán* —representado conjuntamente con la *demandada* del procedimiento principal—, los *Gobiernos danés y francés* y la *Comisión*. A excepción de los demandantes del procedimiento principal, todas las partes participan también en el asunto C-405/01 (Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española contra Administración del Estado; con la intervención de: Asociación de Navieros Españoles [ANAVE]).

26. A juicio de los *demandantes del procedimiento principal*, procede responder en sentido negativo a la cuestión prejudicial.

cional. Lo relevante es que el empleo de que se trate implique típicamente el ejercicio del poder público y que al titular se le encomiende la responsabilidad de velar por los intereses generales del Estado.

27. En primer lugar afirman que la condición de trabajadores es indudable en el caso de los demandantes Sres. Anker y Snoek. Consideran que dicha condición puede ser dudosa en el caso del demandante Sr. Ras, que es socio minoritario de Zeevisserijbedrijf Ras BV, que a su vez es socia única de Seefischereibetrieb SC-25 GmbH, que explota el buque de pesca en el que navega el Sr. Ras. En cualquier caso, su condición de trabajador no se excluye con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, máxime cuando el Sr. Ras, como socio minoritario, no puede ejercer control sobre la actividad de Zeevisserijbedrijf Ras BV ni tampoco, indirectamente, sobre Seefischereibetrieb SC-25 GmbH y es irrelevante que el Sr. Ras figure en el Registro Mercantil como administrador de esta última sociedad. Así y todo, las disposiciones del Schiffsoffizier-Ausbildungsverordnung vulneran también la libertad de establecimiento.

29. Los demandantes afirman que de las sentencias Lawrie-Blum³ y Bleis⁴ se desprende que la actividad de que se trate sólo implica típicamente el ejercicio de poder público cuando tales funciones representen el núcleo de dicha actividad, sin que una importancia secundaria sea suficiente. Los demandantes consideran que la parte esencial de la actividad de capitán reside en pilotar el buque y dirigir a la tripulación. Tales funciones corresponden normalmente a los directores técnicos y de producción.

28. En opinión de los tres demandantes, la actividad de capitán de un buque de pesca no está comprendida en ninguna circunstancia en la excepción prevista en el artículo 39 CE, apartado 4. Alegan que esta disposición debe interpretarse en sentido estricto y entenderse de manera fun-

30. Los demandantes sostienen que en el presente asunto las disposiciones nacionales no atribuyen al capitán el ejercicio del poder público. Los derechos del capitán derivados del artículo 106 de la Seemannsgesetz son más bien concreciones de principios generales del Derecho civil y penal. Tampoco de la Convención sobre el Derecho del mar resulta tal ejercicio del poder público. Los demandantes señalan en particular que dicha Convención no establece que el «genuine link» necesario entre el buque y el Estado del pabellón tenga que establecerse a través de la nacionalidad del

3 — Sentencia de 3 de julio de 1986 (66/85, Rec. p. 2121), apartados 26 a 28.

4 — Sentencia de 27 de noviembre de 1991 (C-4/91, Rec. p. I-5627), apartado 7.

capitán. Esta relación puede igualmente basarse en el vínculo de propiedad con el buque, lo que sucede en Alemania en virtud del artículo 1 de la Gesetz über das Flaggenrecht der Seeschiffe und die Flaggenführung der Binnenschiffe (Ley sobre el pabellón; en lo sucesivo, «Flaggenrechtsgesetz»).⁵

31. Los demandantes afirman además que en la práctica las situaciones en las que el buque debe enfrentarse por sí solo a un peligro han disminuido considerablemente, en particular, debido a los medios de comunicación modernos 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. Por tanto, en la práctica, no existe ejercicio del poder público por parte del capitán, o al menos no de manera típica.

32. Los demandantes alegan asimismo que el Tribunal de Justicia ya declaró en su sentencia en el asunto C-290/94⁶ 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 pública y que, en consecuencia, las autoridades nacionales tendrían que demostrar que, aún así, se cumplen los requisitos de aplicación del artículo 39 CE, apartado 4.⁷

33. Por último, los demandantes señalan que los capitanes de que se trata en el presente asunto tampoco se encuentran comprendidos en el concepto institucional de administración pública, dado que los capitanes no son funcionarios del Estado, sino empleados de empresas privadas. Sostienen que el Tribunal de Justicia ha desarrollado el concepto funcional de administración pública para restringir el ámbito establecido mediante el concepto institucional de Administración de los Estados miembros. Pero el enfoque funcional no puede servir para ampliar el ámbito de la administración pública.

34. Por lo que respecta a las principales alegaciones del *Gobierno alemán* —representado conjuntamente con la *demandada* del procedimiento principal—, de los *Gobiernos danés y francés* y de la *Comisión* en relación con la interpretación del artículo 39 CE, apartado 4, remito en primer lugar a los puntos 27 y siguientes y 35 a 42 de mis conclusiones en el asunto C-405/01, que presento también en el día

5 — Esta disposición establece lo siguiente: «1) Tendrán pabellón alemán todos los buques de la marina mercante y los demás buques dedicados a la navegación marítima cuyos propietarios sean alemanes y tengan su domicilio en el ámbito de aplicación de la Grundgesetz [...]»

6 — Sentencia de 2 de julio de 1996, Comisión/Grecia (Rec. p. I-3285), apartados 34 y 35.

7 — Con referencia a las conclusiones del Abogado General Léger presentadas el 5 de marzo de 1996 en el asunto C-473/93, Comisión/Luxemburgo (sentencia de 2 de julio de 1996, Rec. p. I-3207), puntos 110 a 112.

de hoy. Estas partes están esencialmente de acuerdo en que un Estado miembro puede reservar a sus propios nacionales el empleo de capitán de un buque de pesca dedicado a la pequeña navegación marítima bajo su pabellón.

públicos no desvirtúa su carácter público. Lo relevante es el carácter jurídico de las disposiciones que el capitán está facultado para adoptar. Al examinar las competencias especiales del capitán en su conjunto se observa que la parte esencial de su actividad corresponde claramente al ámbito del Derecho público.

35. El *Gobierno alemán* destaca además que en el ámbito internacional cada vez existe una mayor exigencia de cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado del pabellón por parte del capitán. Dicho Gobierno hace referencia también a las normas de Derecho comunitario en los ámbitos de la seguridad en el mar, de la protección del medio ambiente, de las condiciones de vida y trabajo a bordo y en el ámbito de la pesca, cuya ejecución incumbe a los Estados miembros por lo que se refiere a los buques bajo su pabellón.

38. El Gobierno alemán sostiene que, 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 está garantizado que este tipo de buques sólo realicen su actividad en el mar territorial del Estado del pabellón o en las cercanías inmediatas de la costa.

36. El Gobierno alemán, concretando sus alegaciones formuladas en el asunto C-405/01, invoca aquí lo dispuesto en los artículos 106, 115 y 117 de la *Seemannsgesetz* y las competencias del capitán relativas al estado civil derivadas del artículo 45 del *Ausführungsverordnung zum Personenstandsgesetz*.

39. También a juicio del *Gobierno danés* procede responder en sentido afirmativo a la cuestión prejudicial, para lo cual remite a sus alegaciones presentadas en el asunto C-405/01.

37. Dicho Gobierno afirma que el hecho de que en la práctica habitual de la pesca no siempre se produzca el ejercicio de poderes

40. El Gobierno danés señala, además, que las disposiciones danesas sobre el acceso al empleo de capitán son similares a las disposiciones alemanas correspondientes. En su opinión, el empleo de capitán implica una participación directa en el ejercicio del poder público cuando atribuye al capitán a bordo competencias de policía que en tierra corresponderían a las autoridades policia-

les, entre las cuales se encuentran la competencia de detener a los sospechosos o de tomar declaraciones. El mantenimiento de la seguridad y del orden constituye un tipo de funciones que exigen la existencia de un vínculo específico con el Estado.

primer lugar, si este artículo comprende el empleo de capitán aun cuando dicho empleo no esté adscrito al Estado o a las instituciones estatales y, en segundo lugar, si esta disposición es aplicable a un empleo de este tipo cuando el ejercicio del poder público represente una parte mínima de su actividad.

41. El citado Gobierno afirma que el hecho de que en el caso de autos se trate de un buque dedicado a la pequeña navegación marítima no restringe la facultad del Estado miembro para reservar a sus nacionales el empleo de capitán, ya que en cualquier momento pueden acontecer situaciones en las que el ejercicio del poder público sea necesario.

44. Por lo que respecta a la primera cuestión, el Gobierno francés afirma que el capitán realiza manifiestamente funciones que implican el ejercicio del poder público y que estas funciones no pueden confundirse con las obligaciones que incumben a cualquier ciudadano o a cualquier gerente o director técnico o a los pilotos de avión.

42. Por otra parte, el Gobierno danés sostiene que la circunstancia de que el Estado miembro de que se trate no haya hecho uso de la reserva de nacionalidad en el transporte aéreo carece de relevancia, dado que el artículo 39 CE, apartado 4, se limita a conceder a los Estados miembros una posibilidad.

43. El *Gobierno francés* alega en particular que el órgano jurisdiccional remitente plantea en realidad dos cuestiones en relación con la interpretación del artículo 39 CE, apartado 4, a saber, en

45. El citado Gobierno se refiere por comparación a la normativa francesa relativa a los capitanes de buque y llega a la conclusión de que se atribuye a éstos auténticas competencias de policía, tales como la de practicar detenciones, y que al ejercer dichas competencias los capitanes participan en la administración de justicia. Sostiene que estas competencias sobrepasan claramente las que corresponden a cualquier persona en caso de flagrante delito.

46. A juicio del Gobierno francés, el empleo de capitán está comprendido en el artículo 39 CE, apartado 4, aun cuando el empleo se desempeña en una empresa privada, ya que la actividad específica de la administración pública se realiza por encargo del Estado y en nombre de éste y no del empresario privado. Las sentencias dictadas en los asuntos C-114/97⁸ y C-283/99⁹ no están en concordancia con el significado funcional del concepto de «empleos en la administración pública» con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

47. Dicho Gobierno alega, con carácter subsidiario, que un Estado miembro puede reservar a sus nacionales estos empleos por las razones de orden público y seguridad citadas en el artículo 39 CE, apartado 3, ya que los citados empleos están vinculados al ejercicio del poder público.

48. Por lo que respecta a la segunda cuestión, consistente en si el ejercicio del poder público debe constituir la parte esencial de la actividad de que se trata, el Gobierno francés sostiene que, a efectos de la aplicabilidad del artículo 39 CE, apartado 4, es irrelevante que los capitanes ejerzan el poder público en raras ocasiones o que estas facultades desempeñen un papel meramente marginal. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un empleo está

comprendido en esta excepción cuando «implica»¹⁰ el ejercicio del poder público.

49. El citado Gobierno afirma además, refiriéndose a la sentencia *Reyners*,¹¹ que las prerrogativas de poder público que corresponden al capitán no pueden separarse del resto de su actividad.

50. La Comisión señala en primer lugar que corresponde al órgano jurisdiccional nacional responder a la cuestión de si todos los demandantes del procedimiento principal cumplen los requisitos para ser considerados trabajadores a efectos del artículo 39 CE.¹² Dicho órgano jurisdiccional ha respondido a esta cuestión en sentido afirmativo por lo que respecta a los tres demandantes.

51. La Comisión se remite también a sus alegaciones expuestas en el asunto C-405/01, según las cuales un particular que no tenga una relación institucional con la administración pública no puede en principio estar comprendido en la excepción contenida en el artículo 39 CE, apartado 4, pero el hecho de que los buques puedan situarse fuera del ámbito de inter-

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

9 — Sentencia de 31 de mayo de 2001, Comisión/Italia (Rec. p. I-4363), apartado 95.

10 — Sentencia de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica (149/79, Rec. p. 3881).

11 — Sentencia de 21 de junio de 1974 (2/74, Rec. p. 631).

12 — Con referencia a la sentencia de 19 de marzo de 1964, *Unger* (73/63, Rec. p. 347), apartado 2.

vención de las autoridades estatales podría justificar que a un capitán investido con funciones representativas del Estado le sea aplicable la citada excepción. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si existe tal atribución de prerrogativas de poder público.

V. Apreciación

54. Según el órgano jurisdiccional remitente, el capitán de un buque dedicado a la pequeña navegación marítima es un empleado por cuenta ajena de una empresa pesquera y está sometido a las instrucciones de un armador. Al igual que dicho órgano jurisdiccional, considero que el acceso a este tipo de empleo se encuadra en las disposiciones de Derecho comunitario relativas a la libre circulación de trabajadores.

52. A este respecto, la Comisión hace referencia, en particular, a los artículos 94 y 92, apartado 1, de la Convención sobre el Derecho del mar, en virtud de los cuales los buques navegan bajo el pabellón de un solo Estado y están sometidos en alta mar a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón. Para cumplir esta obligación, en un buque que navega bajo el pabellón de un Estado, en el que dicho Estado ha perdido de hecho la posibilidad de intervención se atribuyen a una persona prerrogativas de poder público. Con arreglo al Derecho alemán y en concreto al artículo 106 de la Seemannsgesetz, esta persona es el capitán.

55. 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 de un buque dedicado a la pequeña navegación marítima, 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.

53. La Comisión afirma que, en el caso de que se determine que el Derecho nacional atribuye al capitán prerrogativas de poder público, lo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente, dichas prerrogativas constituyen un deber permanente y no dependen del tamaño del buque ni de si en la práctica se ejercen con frecuencia o no.

56. Por consiguiente, a continuación procede examinar si es procedente una reserva de nacionalidad para el empleo de capitán de un buque de pesca dedicado a la pequeña navegación marítima sobre la base de las excepciones previstas 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 pública en virtud del apartado 4 de este artículo,¹³ debe examinarse en primer lugar esta última disposición.

adscripción institucional de este empleo a las entidades estatales.

57. En mis conclusiones presentadas en el asunto C-405/01 me he pronunciado sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la procedencia de una reserva de nacionalidad respecto a los empleos en la navegación marítima dentro del ámbito de aplicación de la libre circulación de trabajadores y sobre la interpretación del concepto de empleos en la administración pública con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en general. Esas consideraciones son válidas en el caso de autos. Por tanto, remito a los puntos 50 a 72 de dichas conclusiones, que presento también en el día de hoy.

59. Ya he respondido a esta cuestión en los puntos 73 a 79 de mis conclusiones presentadas en el asunto C-405/01, en el sentido de que la aplicabilidad del artículo 39 CE, apartado 4, no está en principio excluida en el caso de los capitanes y de sus representantes por el mero hecho de que estos empleados sean personas físicas o jurídicas de Derecho privado.

60. Mis consideraciones al respecto se basan en la premisa de que un buque puede hallarse alejado del territorio de un Estado y de la capacidad de intervención de las autoridades de éste.

58. Como los capitanes de que se trata en el presente asunto no son funcionarios del Estado, sino trabajadores de empresas privadas, al igual que en el asunto C-405/01, se plantea la cuestión de si la aplicabilidad de la excepción prevista en el artículo 39 CE, apartado 4, no queda excluida de antemano por la falta de

61. No obstante, en el caso de autos es necesario señalar que esta premisa no se cumple aparentemente en relación con los buques de pesca en los que trabajan los demandantes del procedimiento principal. Según el órgano jurisdiccional remitente, la actividad pesquera de estos buques se realiza principalmente cerca de la costa de la República Federal de Alemania. Por otra parte, como resulta de las observaciones del Gobierno alemán, es evidente que lo anterior no puede afirmarse con carácter gene-

13 — Véase la sentencia Comisión/Bélgica, citada en la nota 10 *supra*, apartado 10.

ral de los buques de pesca dedicados a la pequeña navegación en alta mar, que pescan también fuera del territorio alemán.

significado concreto, no obstante, el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado hasta la fecha.

62. Por consiguiente, es necesario examinar si unos empleos con unas características como las que constituyen el objeto del procedimiento principal están comprendidos en el concepto de administración pública en virtud del artículo 39 CE, apartado 4, desde el punto de vista funcional, es decir, por el tipo de las funciones propias del empleo.

63. La actividad de capitán de un buque de pesca dedicado a la pequeña navegación en alta mar consiste manifiestamente en la dirección empresarial y técnica del buque y, además, como se desprende de la resolución de remisión, en la colaboración en la pesca y en la transformación de las capturas. No cabe duda de que por su contenido no se trata de una actividad administrativa, si bien se ha alegado que este empleo conlleva funciones de representación del Estado.

64. Según la jurisprudencia, la cuestión de si la actividad de capitán de un buque dedicado a la pequeña navegación marítima conlleva funciones propias de la administración pública debe examinarse con arreglo a los criterios de «ejercicio del poder público» y «salvaguardia de los intereses generales del Estado», sobre cuyo

65. Esto no está exento de dificultades, ya que, debido a la necesidad de realizar una interpretación uniforme del artículo 39 CE, apartado 4, estos conceptos no pueden examinarse simplemente desde la perspectiva del Derecho nacional correspondiente.

66. En cualquier caso, cabe suponer que la expresión «poder público» debe referirse a las facultades que sobrepasan claramente las que corresponden a cualquier persona y en particular —como expresión del núcleo de la soberanía del Estado— a las facultades relativas al ejercicio del poder coercitivo.¹⁴

67. 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 salva-

14 — A este respecto, véase 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 citada en la nota 11 *supra*, Rec. p. 665); véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. Mancini presentadas el 15 de abril de 1986 en el asunto 307/84, Comisión/Francia (sentencia de 3 de junio de 1986, Rec. pp. 1725 y ss., especialmente pp. 1729 y ss.).

guardia de los intereses generales del Estado y se exige una interpretación restrictiva del concepto de administración pública, se ha señalado además en varias ocasiones ambos requisitos deben cumplirse de forma acumulativa.¹⁵

efectos del artículo 39 CE, apartado 4, puede variar¹⁶ de un Estado de pabellón a otro.¹⁷

68. Por lo que se refiere a las atribuciones correspondientes al empleo de capitán de un buque de pesca dedicado a la pequeña navegación marítima, de que se trata en el caso de autos, debe señalarse en primer lugar que de las disposiciones pertinentes de la Convención sobre el Derecho del mar no se desprende que los capitanes ejerzan de manera general el poder público o que deban atribuírseles tales facultades. Antes bien, el artículo 94 de esta Convención establece que el Estado del pabellón ejercerá de manera efectiva su jurisdicción y control sobre los buques que enarboleden su pabellón. Naturalmente, el Estado del pabellón es libre para asegurar, en el marco de su poder de organización, que lo anterior se cumpla por medio del capitán o mediante la atribución al capitán de competencias o funciones determinadas para ello. Por tanto, a la luz de la Convención sobre el Derecho del mar no existe tampoco un ámbito uniforme respecto a las funciones públicas del capitán, por lo que la apreciación funcional de este empleo a

69. Procede señalar asimismo 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.

70. Por lo que se refiere a las funciones y competencias atribuidas al capitán en virtud del artículo 106 de la Seemannsgesetz y de la normativa alemana sobre el estado

15 — 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 6 *supra*), punto 23, y las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz presentadas el 29 de abril de 1986 en el asunto Lawrie-Blum (sentencia citada en la nota 3 *supra*, Rec. p. 2135).

16 — Véanse también las disposiciones nacionales aplicables en el asunto C-405/01, citado en la nota 2 *supra*.

17 — Por otra parte, con independencia de que los Estados miembros no pueden en principio invocar convenios internacionales suscritos con Estados terceros para sustraerse a sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario, la «relación auténtica» con el Estado de pabellón que exige el artículo 91 de la Convención sobre el Derecho del mar no tiene que producirse necesariamente a través de la nacionalidad del capitán. Esto se desprende del artículo 97 de esta Convención, en virtud del cual los procedimientos contra el capitán «sólo podrán incoarse [...] ante las autoridades [...] del Estado del pabellón o ante las autoridades [...] del Estado de que dichas personas sean nacionales». Como han señalado los demandantes del procedimiento principal, en el caso de los buques alemanes, la «relación auténtica» entre el buque y el Estado del pabellón se basa en la propiedad del buque, en virtud de la Flaggenrechtsgesetz.

civil, tengo dudas mucho mayores que en el caso de las disposiciones de Derecho español relativas a los capitanes y primeros oficiales de la Marina Mercante aplicables en el asunto C-405/01 de que pueda hablarse en este caso de ejercicio del poder público y de salvaguardia de los intereses generales del Estado en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

nión no se deduce automáticamente de lo anterior que se trate de una actividad «típicamente administrativa».

71. Al contrario que en aquel asunto, según el órgano jurisdiccional remitente, en éste es extremadamente dudoso, incluso con arreglo al Derecho nacional, que el artículo 106 de la Seemannsgesetz atribuya al capitán competencias que sobrepasen los deberes y derechos generales de actuación civiles y penales. Además las competencias derivadas de la normativa sobre el estado civil descritas por el Gobierno alemán se trata más bien de funciones auxiliares y no de funciones que el propio capitán desempeña en lugar de los funcionarios del Registro Civil. Así, aunque el nacimiento o la defunción de una persona deban ser notificados al capitán, quien levantará acta de ello, la inscripción la realiza en tierra el Registrador competente.

73. Antes bien, es necesario atender a las funciones *efectivamente* ligadas al empleo, que deben obtenerse a través de una visión de conjunto. Aunque difícilmente pueden extraerse criterios generales de aplicación del artículo 39 CE, apartado 4, de la fundamentación extremadamente concisa de la sentencia Lawrie-Blum, invocada por los demandantes del procedimiento principal, considero que la apreciación contenida en ella, según la cual los requisitos de aplicación de esta excepción no se dan en el caso del profesor en período de prácticas, «ni siquiera en el supuesto de que adopte efectivamente las decisiones indicadas por el [demandando]»,¹⁸ también me parece que hace referencia a una visión de conjunto del contenido.

74. Como he expuesto en el punto 94 de mis conclusiones presentadas en el asunto C-405/01, buscar una visión de conjunto es también necesario como consecuencia, por

72. No obstante, aun admitiendo que la normativa nacional *prevé* el ejercicio del poder público y la salvaguardia de los intereses generales del Estado, en mi opi-

18 — Sentencia Lawrie-Blum, citada en la nota 3 *supra*, apartado 28. Véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz presentadas el 29 de abril de 1986 en aquel asunto (Rec. p. 2136), que se refieren al principio de proporcionalidad a este respecto.

una parte, de la facultad que poseen indiscutiblemente los Estados miembros de organizar su administración como consideren necesario y conferir prerrogativas de poder público a determinados empleos y, por otra, de la necesidad de aplicar de manera restrictiva y uniforme la excepción relativa a los empleos en la administración pública.

la transformación de las capturas y que en la práctica la ejecución de funciones de representación del Estado es escasa o incluso inexistente.

75. Habida cuenta de que el artículo 39 CE, apartado 4, constituye una excepción al principio de libre circulación, cuyo alcance debe ceñirse a lo estrictamente necesario, considero incompatible con una aplicación justa de dicha excepción que un empleo deba quedar excluido de la libre circulación de trabajadores por ser un «empleo en la administración pública» únicamente por las prerrogativas de poder público y las funciones que normalmente lleva aparejadas.

76. De lo expuesto por el órgano jurisdiccional remitente resulta que el empleo de capitán de un buque de pesca dedicado a la pequeña navegación marítima consiste en pilotar buques pequeños y con pocos tripulantes y en participar en la pesca y en

77. Al observar en conjunto las funciones y competencias efectivamente derivadas de la actividad de capitán de un buque de pesca dedicado a la pequeña navegación marítima, llego a la conclusión de que este empleo no cumple los requisitos «muy estrictos»¹⁹ de aplicación de la excepción a la libre circulación de trabajadores prevista en el artículo 39 CE, apartado 4.

78. Por lo que se refiere a los motivos por los cuales no puede invocarse el artículo 39 CE, apartado 3, para justificar una reserva de nacionalidad, remito a los puntos 98 a 100 de mis conclusiones presentadas en el asunto C-405/01. Lo expuesto en los citados puntos es igualmente válido en el presente asunto. Por consiguiente, del artículo 39 CE, apartado 3, no se deriva la admisibilidad de una reserva de nacionalidad para el ejercicio de la actividad de capitán como la que es objeto en el caso de autos.

19 — Sentencia Lawrie-Blum, citada en la nota 3 *supra*, apartado 28.

VI. Conclusión

79. En virtud de las anteriores consideraciones, sugiero al Tribunal de Justicia que responda lo siguiente a la cuestión prejudicial planteada:

«El artículo 39 CE se opone a unas normas de Derecho interno que exigen, para el ejercicio de una actividad de capitán de buque como la que es objeto del procedimiento principal en un buque de pesca que se dedica a la pequeña navegación marítima bajo pabellón de un Estado miembro, la nacionalidad de este Estado miembro.»