CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. F. G. JACOBS

presentadas el 17 de julio de 1997 *

1. En el presente asunto el Arbeitsgericht Hamburg solicita al Tribunal de Justicia una decisión prejudicial sobre la compatibilidad de una cláusula de un Convenio Colectivo referente al personal de la Administración Pública con el artículo 48 del Tratado y el apartado 1 del artículo 7 del Reglamento nº 1612/68. [1]

Hechos

2. Desde el 1 de enero de 1993, la Dra. Schöning-Kougebetopoulou, de nacionalidad griega, ha estado contratada por el Ayuntamiento de Hamburgo como médica especialista. Trabaja como *Angestellte*, es decir, como empleada de la Administración Pública que carece de la condición de «Beamte» (funcionaria de carrera). En tal calidad, su relación laboral se rige, con arreglo a lo estipulado en su contrato de trabajo, por el Bundes-Angestelltentarifvertrag (Convenio Colectivo Federal relativo a los empleados de las Administraciones Públicas; en lo sucesivo, «BAT»).

3. La Dra. Schöning-Kougebetopoulou, en su calidad de médica especialista contratada como tal, está clasificada, con arreglo al BAT, en el grupo salarial Ib. No obstante, considera que debería estar clasificada en un grupo salarial superior, a saber en el grupo Ia. De conformidad con el BAT, un médico especialista contratado en tal calidad debe ser incluido en el grupo salarial Ia tras ocho años de ejercicio de la profesión médica (generalista o especialista) en el grupo salarial Ib. Al estipular que deben cubrirse ocho años de ejercicio en el grupo salarial Ib, el BAT no computa los períodos de actividad laboral que un nacional o no nacional haya cubierto en el extranjero o, incluso, en Alemania al servicio de un empresario privado, o bien como funcionario de carrera de la Administración Pública alemana o como empleado no acogido al BAT o al grupo salarial Ib del BAT.

4. Antes de comenzar a prestar sus servicios al Ayuntamiento de Hamburgo, la Dra. Schöning-Kougebetopoulou, durante el período comprendido entre el 1 de octubre de 1986 y el 31 de agosto de 1992, trabajó como médica especialista en la Administración Pública griega. Considera que el Ayuntamiento de Hamburgo, al no tener en cuenta esta experiencia a efectos de su calificación profesional, infringió el artículo 48 del Tratado y los apartados 1 y 4 del artículo 7 del Reglamento nº 1612/68.

* Lengua original: inglés.

1 — 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).

5. En los apartados 1 y 4 del artículo 7 se dispone:

«1. En el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo.

[...]

4. Toda cláusula de Convenio Colectivo o individual o de otra reglamentación colectiva referente al acceso al empleo, al empleo, a la retribución y a las demás condiciones de trabajo y despido, será nula de pleno derecho en la medida en que prevea o autorice condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de otros Estados miembros.»

6. El órgano jurisdiccional nacional señala que, aunque el BAT no discrimina de modo directo por razón de la nacionalidad, el requisito para acceder al grupo salarial Ia sólo lo pueden cumplir los nacionales y extranjeros que trabajan en Alemania, pero no los que trabajan en el extranjero. El órgano jurisdiccional nacional estima que, entre los afectados por la norma, la proporción de extranjeros a los que perjudica es, con toda probabilidad, superior a la proporción de extranjeros a los que favorece. En opinión del órgano jurisdiccional nacional, no hay necesidad, sin embargo, de dilucidar si las cifras son suficientemente significativas, puesto que el requisito para el acceso al grado superior está objetivamente justificado. La ulterior promoción a un grado superior supone una recompensa de la fidelidad del trabajador y, al permitir que mejore su situación económica sin cambiar de trabajo, constituye asimismo una motivación. Se trata, por tanto, de un medio para reforzar los vínculos entre el personal especializado y la Administración Pública, comparable a los sistemas de gratificación existentes en el sector privado basados en la antigüedad en la empresa. Por último, el órgano jurisdiccional nacional señala que de adoptarse la tesis contraria se discriminaría a los médicos alemanes y extranjeros que, habiendo adquirido su experiencia en Alemania, no lo hubieran hecho en el correspondiente grupo salarial del BAT.

7. Aunque, al parecer, el órgano jurisdiccional nacional alberga escasas dudas en cuanto al acierto de su apreciación, resolvió remitir al Tribunal, con carácter prejudicial, las siguientes cuestiones:

«1) ¿Constituye una infracción del artículo 48 del Tratado CE y de los apartados 1 y 4 del artículo 7 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, el hecho de que en un Convenio Colectivo aplicable en la Administración Pública únicamente se prevea un ascenso por antigüedad después de ocho años de trabajo

para un determinado grado retributivo de los contemplados en el Convenio Colectivo BAT, que rige para todos los empleados de la Administración Pública de la República Federal de Alemania, de manera que no se tiene en cuenta la actividad comparable (vergleichbare Tätigkeit) desempeñada en la Administración Pública de otro Estado miembro?

8. Presentaron observaciones escritas y orales ante el Tribunal de Justicia, la Dra. Schöning-Kougebetopoulou, los Gobiernos francés y alemán y la Comisión. El Gobierno español, aunque no presentó observaciones escritas, estuvo representado en la vista. Asimismo, en respuesta a una pregunta escrita formulada a los Estados miembros, el Tribunal recibió respuestas de los Gobiernos austriaco, danés, finlandés, francés, alemán, griego, irlandés, luxemburgués, neerlandés, español, sueco y británico.

2) En el supuesto de que se respondiera afirmativamente a la primera cuestión:

Primera cuestión

El artículo 48, en relación con el Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, ¿exigen que se tenga asimismo en cuenta, para el ascenso por antigüedad previsto en el BAT, el período durante el cual los médicos hayan desempeñado una actividad médica en la Administración Pública de otro Estado miembro, o bien,

9. La Dra. Schöning-Kougebetopoulou sostiene que la norma del BAT infringe el artículo 48 del Tratado y el artículo 7 del Reglamento nº 1612/68. En su opinión, constituye una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad y no está justificada objetivamente. La Comisión apoya la tesis de la Dra. Schöning-Kougebetopoulou.

debe el órgano jurisdiccional abstenerse de adoptar una decisión de esta índole, habida cuenta de la autonomía normativa de las partes de los Convenios Colectivos, debiendo dejar a éstas tal decisión?»

10. El Gobierno alemán considera, por el contrario, que la norma no es ni directa ni indirectamente discriminatoria y, en cualquier caso, está objetivamente justificada. Apoyan esta tesis los Gobiernos francés y español.

11. No se discute que la norma del BAT no discrimina de modo directo por razón de la nacionalidad. No obstante, resta dilucidar si supone una discriminación indirecta. Un resumen exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de discriminación indirecta en el marco del artículo 48 del Tratado se halla en la reciente sentencia O'Flynn, [2] en la que el Tribunal declaró:

«En consecuencia, deben considerarse indirectamente discriminatorios los requisitos de Derecho nacional que, aunque se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente (véanse las sentencias de 15 de enero de 1986, Pinna, 41/84, Rec. p. 1, apartado 24; de 30 de mayo de 1989, Allué y otros, 33/88, Rec. p. 1591, apartado 12, y [de 21 de noviembre de 1991,] Le Manoir, [C-27/91, Rec. p. I-5531,] apartado 11) o en su mayor parte a los trabajadores migrantes (véanse las sentencias de 17 de noviembre de 1992, Comisión/Reino Unido, C-279/89, Rec. p. I-5785, apartado 42, y de 20 de octubre de 1993, Spotti, C-272/92, Rec. p. I-5185, apartado 18), así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes (véanse las sentencias [de 10 de marzo de 1993,] Comisión/Luxemburgo, [C-111/91, Rec. p. I-817,] apartado 10, y de 4 de octubre de 1991, Paraschi, C-349/87, Rec. p. I-4501, apartado 23), o incluso aquellos requisitos que puedan perjudicar particularmente a los trabajadores migrantes (véanse las sentencias de 8 de mayo de 1990, Biehl, C-175/88, Rec. p. I-1779, apartado 14, y de 28 de enero de 1992, Bachmann, C-204/90, Rec. p. I-249, apartado 9). Ello es así salvo que dichas disposiciones estén justificadas por consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de los trabajadores afectados, y sean proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional (véanse, en este sentido, las sentencias Bachmann, antes citada, apartado 27; Comisión/Luxemburgo, antes citada, apartado 12, y la sentencia de 2 de agosto de 1993, Allué y otros, asuntos acumulados C-259/91, C-331/91 y C-332/91, Rec. p. I-4309, apartado 15).» [3]

12. En mi opinión, está claro que el régimen del BAT opera en perjuicio de los trabajadores migrantes en especial. Cualquier médico especialista que haya pasado parte de su carrera al servicio de la Administración Pública de otro Estado miembro tiene la desventaja de que, a efectos de su clasificación profesional, nunca se puede computar su actividad laboral en dicho Estado miembro. Por el contrario, cualquier médico especialista contratado de modo ininterrumpido con arreglo al BAT tiene derecho a que se compute todo el período en que ha trabajado como tal.

13. De entre los empleados de la Administración Pública que desarrollan su carrera en Alemania, sólo aquellas personas que pasan de un régimen regulado por el BAT a otro no regulado por el BAT pueden experimentar la misma desventaja que los trabajadores migrantes. Dichas personas, con toda probabilidad, representan un reducida proporción del personal de la Administración Pública alemana. El amplio ámbito de aplicación del BAT permite a los empleados de la Administración Pública una gran movilidad entre los

2 — Sentencia de 23 de mayo de 1996 (C-237/94, Rec. p. I-2617).

3 — Apartados 18 y 19 de la sentencia.

distintos empleadores en el seno de ésta, sin que ello suponga desventaja salarial alguna. Además, no puede decirse que todos los médicos que trabajan al servicio de la Administración Pública sin estar acogidos al BAT resulten efectivamente perjudicados por la norma del BAT. La mayoría del personal no acogido al BAT está sujeto a sus propios regímenes profesionales —en algunos casos más favorables— tales como las normativas aplicables a los funcionarios u otros Convenios Colectivos o regímenes contractuales propios de sus empleadores. [4] En cambio, la norma del BAT opera en perjuicio de todo trabajador migrante que se incorpore a la Administración Pública alemana.

14. El hecho de que como consecuencia de las lagunas existentes entre los diferentes regímenes aplicables a las distintas categorías de personal, parte de los empleados de la Administración Pública padezcan la misma desventaja que los trabajadores migrantes difícilmente puede justificar que se denieguen a todos los trabajadores migrantes de la Administración Pública alemana las ventajas disfrutadas por toda una categoría —y, al parecer, la más amplia— del personal de ésta.

15. El carácter insostenible de la postura del Gobierno alemán queda patente, en especial, si se considera cuál sería la situación de reiterarse la norma del BAT en los regímenes aplicables a otros empleadores de la Administración Pública u otras categorías de personal. Según la tesis del Gobierno alemán, ninguno de estos regímenes, individualmente considerado, sería discriminatorio como consecuencia de la existencia de otras categorías de personal y empleadores de la Administración Pública no amparados por dichos regímenes; sin embargo, el efecto conjunto situaría en desventaja a los trabajadores migrantes a efectos de clasificación profesional en todo el sector público alemán.

La cuestión de la justificación objetiva de la normativa

16. En el presente asunto, para demostrar que el régimen del BAT está objetivamente justificado, se han expuesto dos líneas de argumentación divergentes. Por una parte, los Gobiernos francés y español, desarrollando los argumentos del órgano jurisdiccional nacional, [5] estiman que las restricciones de la movilidad están justificadas por consideraciones inherentes a las relaciones laborales en el seno de la Administración Pública. El Gobierno alemán, por otra parte, sostiene que el BAT puede compararse a los Convenios Colectivos del sector privado e incluso niega que se trate de un régimen exclusivo del personal de la Administración Pública.

4 — Por ejemplo, el Gobierno alemán, en respuesta a las preguntas escritas del Tribunal, declaró que el Land de Berlín, aunque ya no está sujeto al BAT, ha celebrado un Convenio Colectivo específico por el que adopta los Convenios Colectivos celebrados con arreglo al BAT por el organismo que representa a los otros Länder, la Tarifgemeinschaft deutscher Länder.

5 — Expuestos en el punto 6 *supra*.

Su objeto es promover la estabilidad del personal, recompensando su fidelidad a los empleadores que son partes del BAT, considerados en conjunto. Examinaré estos argumentos sucesivamente.

La justificación basada en la relación laboral en el seno de la Administración Pública

17. En primer lugar, no se discute que el puesto de médico especialista no está incluido en el ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado. El Tribunal de Justicia ha declarado que dicha disposición se aplica únicamente a los empleos que «presuponen la existencia en sus titulares de una relación particular de solidaridad respecto al Estado así como la reciprocidad de derechos y obligaciones que son el fundamento del vínculo de nacionalidad». [6] En cualquier caso, si de hecho se nombra a un no nacional para el empleo de que se trata, el apartado 4 del artículo 48 no puede justificar discriminaciones por razón de la nacionalidad en materia, por ejemplo, de retribución o condiciones laborales. [7]

18. Por consiguiente, en el presente caso no cabe hablar de solidaridad respecto al Estado en el sentido antes expuesto. No obstante, queda por dilucidar la cuestión de si la norma del BAT puede estar justificada por las especiales características del empleo en la Administración Pública. El punto de partida para el análisis de esta cuestión es la decisión del Tribunal de Justicia en el asunto Scholz. [8] En aquel asunto una entidad pública, en particular, una universidad italiana, basó en parte los criterios de selección para la contratación de agentes de restauración de la universidad en la duración de los servicios anteriormente prestados en la Administración Pública. El Tribunal de Justicia consideró que el hecho de que la universidad no computara la experiencia adquirida por el solicitante en la Administración Pública de otro Estado miembro (la Administración postal italiana) constituía una discriminación indirecta injustificada.

19. Los Gobiernos francés y español consideran, sin embargo, que el pronunciamiento contenido en la sentencia Scholz relativo al nombramiento para un empleo en la Administración Pública no puede trasladarse al presente caso, que se refiere a la clasificación profesional. Alegan que, con arreglo a sistemas como los de sus propios países, la relación laboral en el seno de la Administración Pública supone que trabajador y empleador asumen obligaciones recíprocas. Ante la inexistencia de una normativa armonizada en materia de estructuras de las carreras laborales y retribución, el reconocimiento de los servicios prestados a la Administración Pública de otro Estado miembro perturbaría sus estructuras de empleo en la Administración Pública.

20. En la vista, el Gobierno español puso el ejemplo de dos profesores o médicos empleados en diferentes Estados miembros. El empleado del Estado miembro A debe esperar pacientemente durante una serie de años para que su retribución se incremente de modo automático en función de su antigüedad; el empleado del Estado miembro B

6 — Sentencias de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica (149/79, Rec. p. 3881), apartado 10, y de 3 de junio de 1986, Comisión/Francia (307/84, Rec. p. 1725), apartado 12.

7 — Sentencia de 12 de febrero de 1974, Sotgiu (152/73, Rec. p. 153), apartado 4.

8 — Sentencia de 23 de febrero de 1994 (C-419/92, Rec. p. I-505).

percibe desde un primer momento una retribución superior en virtud de la mayor flexibilidad de las normas que se le aplican en materia de clasificación. Según el Gobierno español, exigir al Estado miembro A que compute la experiencia en el Estado miembro B de este último empleado supondría asimilar años de antigüedad que no son equiparables.

21. No obstante, el Gobierno francés sugirió en la vista que en casos como el presente pueden conciliarse los intereses de la libertad de circulación y la integridad de las relaciones laborales en el seno de la Administración Pública exigiendo, en primer lugar, que el trabajador migrante haya prestado servicios a una Administración Pública o a una entidad que persiga fines de servicio público y, en segundo lugar, una comparación de las funciones ejercidas, del nivel de cualificación requerido y del nivel de retribución.

22. Como señalé en mis conclusiones en el asunto Scholz, [9] estoy dispuesto a aceptar que quienes prestan servicios al Estado desarrollan un carácter especial que puede ser pertinente a la hora de valorar si deben computarse los períodos de actividad profesional a efectos de contratación y promoción en la Administración Pública. Las personas que trabajan al servicio de la Administración Pública pueden estar motivadas por factores esencialmente distintos de los que prevalecen en el sector privado. El empleo en la Administración Pública implica, típicamente, una voluntad de aceptar contraprestaciones económicas relativamente modestas a cambio de una mayor seguridad a largo plazo, tal vez junto con la satisfacción de prestar servicio a la comunidad. Cabe considerar que la promoción constituye, en parte, una recompensa de dicho servicio.

23. A pesar de la posible dificultad de definir los límites del empleo en la Administración Pública acepto, por tanto, la sugerencia del Gobierno francés según la cual un Estado miembro puede limitar el período de actividad profesional computable al que se haya cubierto en el marco de una relación laboral con la Administración Pública. No obstante, tal como señalé en mis conclusiones en el asunto Scholz, no considero que el carácter especial de los empleados de la Administración Pública pueda justificar no tomar en consideración los servicios prestados en otro Estado miembro.

24. En lo que respecta a la alegación de los Gobiernos francés y español relativa a las diferencias existentes en las estructuras laborales, acepto que existen diferencias significativas entre los Estados miembros en cuanto a la normativa reguladora del empleo en la Administración Pública. En su pregunta escrita antes mencionada, el Tribunal solicitó a los Estados miembros que declararan si se computaban los períodos de empleo cubiertos en otro Estado miembro para determinar la antigüedad en sus Administraciones Públicas. Las respuestas ponen de manifiesto una considerable diversidad entre las estructuras de las relaciones laborales de la Administración Pública de los Estados miembros, que

9 — Véanse los puntos 27 y 28 de las conclusiones.

van desde un sistema de gran flexibilidad basado en una retribución fijada individualmente, como es el caso de Suecia, hasta los sistemas bastante más rígidos vigentes en Francia, España y Alemania. Al parecer, en una serie de Estados miembros, tales como Austria, Dinamarca, Países Bajos, Suecia y el Reino Unido, la experiencia previa pertinente, incluso la obtenida en otros Estados miembros, se tiene en cuenta, al menos en cierta medida, en el momento del nombramiento inicial, aunque la antigüedad no desempeña una función automática en la futura clasificación profesional. En otros Estados miembros, a saber, Francia, Alemania, Luxemburgo y España, la duración de los servicios cumple una función formal para la posterior clasificación profesional y evolución de la retribución. Además, parece que actualmente no se tienen en cuenta, o sólo escasamente, los servicios prestados en otro Estado miembro; [10] aparentemente, la excepción la constituye Grecia, Estado que, aunque también aplica un sistema de ascenso automático, adoptó recientemente una Ley [11] en la que se prevé expresamente que se computen, a efectos de ascenso, los períodos de empleo en la Administración Pública de otro Estado miembro.

25. A pesar de las diferencias existentes en la estructura de las relaciones laborales en el seno de la Administración Pública, los empleados de la Administración Pública de los diversos Estados miembros ejercen funciones muy similares y participan, sin duda, de tipos de motivación similares. El hecho de que un empleado de la Administración Pública haya estado sujeto a condiciones distintas en la Administración Pública de otro Estado miembro no puede justificar que no se reconozcan los períodos de empleo cubiertos al servicio de ese Estado. Aceptarlo equivaldría a permitir que un Estado miembro sitúe en posición de desventaja permanente a un trabajador migrante con respecto a los nacionales empleados en la Administración Pública simplemente porque en el pasado disfrutó, o pudo disfrutar, de una estructura laboral más flexible. Ello contribuiría a compartimentar las Administraciones Públicas nacionales y constituiría un obstáculo significativo a la movilidad dentro del sector público comunitario.

26. En cualquier caso, me parece que los Gobiernos francés y español pasan por alto parte de la ecuación. Puede ser cierto que las estructuras laborales de algunos Estados miembros, más flexibles, concedan a algunos empleados de la Administración Pública salarios iniciales más elevados y promociones más rápidas. No obstante, una mayor flexibilidad entraña mayores exigencias a los empleados de la Administración Pública: la promoción e incluso la continuidad del empleo pueden depender, en cierta medida, del grado de rendimiento. El argumento según el cual sería injusto para los colegas del trabajador migrante reconocer los servicios prestados por éste a la Administración Pública de otro Estado miembro no toma en consideración las desventajas comparativas que puede haber sufrido.

10 — Al parecer, con arreglo a una Ley de 16 de diciembre de 1996, Francia computa ahora, a efectos de calcular la antigüedad, los períodos de servicio nacional obligatorio cubiertos en otro Estado miembro o país del EEE.

11 — Ley nº 2470 de 21 de marzo de 1997.

27. Además, no se ha sugerido que las diferentes estructuras de las carreras laborales inducirían a los empleados de la Administración Pública a pasar de la Función Pública de un Estado miembro a la de otro. En todo caso, pueden existir diferencias significativas entre las estructuras de las carreras laborales de los Estados miembros en el sector privado, incluso, en especial en las profesiones.

Fidelidad a un empleador o grupo de empleadores

28. El Gobierno alemán no pretende basarse en consideraciones específicas del empleo en la Administración Pública. Sostiene que la norma del BAT, al recompensar la fidelidad por la permanencia al servicio del empleador, no va más allá de lo que harían uno o varios empresarios privados de forma colectiva. El Gobierno alemán ha pretendido demostrar, incluso, que el BAT es también, en parte, un régimen del sector privado.

29. Estoy de acuerdo con la Comisión en que los regímenes adoptados por una empresa (o grupo de empresas de titularidad común) para recompensar la antigüedad de los empleados no implican necesariamente una discriminación injustificada. No obstante, tal como señala la Comisión, es difícil apreciar en qué sentido pueden equipararse los regímenes contemplados en el BAT con la recompensa de la fidelidad concedida por un determinado empresario privado, dado que el empleo en cualquier empleador acogido al BAT se considera períodos computables. Es evidente que el BAT se aplica a un amplio abanico de empleadores jurídicamente independientes, en algunos casos con intereses y políticas divergentes, y sólo con escasas estructuras, métodos de funcionamiento u objetivos institucionales comunes.

30. El Gobierno alemán responde que es concebible que una serie de empresarios privados acuerden colectivamente un régimen como el del BAT. En la vista, citó el ejemplo de dos fabricantes de automóviles que celebran un Convenio Colectivo con los correspondientes sindicatos, con arreglo al cual se comprometen a reconocer, en sus planes de fidelidad, la antigüedad al servicio de la otra empresa.

31. No obstante, un Convenio de este tipo —suponiendo que resistiera un análisis a la luz del artículo 85 del Tratado— no podría suponer, al no tratarse de un empresario único, una recompensa de la fidelidad en el sentido normal del término. Difícilmente puede considerarse que prestar servicios a un competidor sea hacer gala de fidelidad al propio empresario. Como mínimo, debe admitirse que recompensar la fidelidad no sería el único objetivo de dicho Convenio, puesto que dicho fin se atendería mejor mediante acuerdos específicos de cada empresario.

32. Lo mismo sucede con el BAT. Si el objetivo del BAT fuera únicamente recompensar la fidelidad de un trabajador a su empleador, bastaría con que cada empleador adoptara sus propios regímenes o, si se pretendiera conseguir unas condiciones uniformes, acordar colectivamente condiciones que cada empleador aplicaría independientemente, sin prever el reconocimiento mutuo de los períodos de empleo. No obstante, ello sería inaceptable para las partes del BAT por la misma razón que hace que, en el régimen actual, los trabajadores migrantes estén en desventaja. Al compartimentar el sector público alemán, impediría la movilidad, no sólo de los trabajadores migrantes y de un reducido número de empleados alemanes de la Administración Pública, sino también de la mayoría de estos últimos. De este modo, el BAT va más allá de una mera recompensa de la fidelidad, al permitir asimismo una gran movilidad para la mayoría de los empleados de la Administración Pública.

33. Por último, la afirmación del Gobierno alemán según la cual el BAT es en parte un régimen del sector privado arroja dudas sobre si sería incluso legal limitar los períodos de empleo computables a los cubiertos en el sector público. No obstante, las cuestiones del órgano jurisdiccional nacional se plantean sobre la base de que el BAT es un Convenio del sector público y, en cualquier caso, parece claro que la Dra. Schöning-Kougebetopoulou trabajó anteriormente como médica al servicio de la Administración Pública griega.

Segunda cuestión

34. En su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pregunta si, suponiendo que la norma del BAT sea ilegal, debería exigir que se computen los períodos de empleo en otro Estado miembro o dejar que sean las partes del Convenio Colectivo quienes diriman esta cuestión, habida cuenta de la autonomía de la voluntad de que gozan.

35. Sobre esta cuestión, comparto la opinión de la Comisión según la cual es preciso buscar orientación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de discriminación por razón de sexo, en especial en las sentencias McDermott y Cotter, [12] y Van Cant. [13] En virtud del apartado 4 del artículo 7 del Reglamento nº 1612/68, la norma del BAT es nula de pleno Derecho en la medida en que prevé o autoriza condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de otros Estados miembros. Incumbirá a las partes introducir las modificaciones necesarias para eliminar la discriminación. Sin embargo, hasta que se introduzcan dichas modificaciones, el régimen aplicable al grupo favorecido es el único criterio de referencia válido.

12 — Sentencia de 24 de marzo de 1987 (286/85, Rec. p. 1453), apartado 19.

13 — Sentencia de 1 de julio de 1993 (C-154/92, Rec. p. I-3811), apartado 20.

36. Tal como señala la Comisión, en tales circunstancias será preciso que el órgano jurisdiccional nacional examine la equivalencia de los períodos de empleo cubiertos al servicio de la Administración Pública de otro Estado miembro. No obstante, dicha cuestión parece ser pacífica en relación con la Dra. Schöning-Kougebetopoulou. Para la promoción al grupo Ia, el BAT exige ocho años de experiencia como médico y, al parecer, no se discute que en los años de antigüedad a cuyo reconocimiento aspira, la Dra. Schöning-Kougebetopoulou trabajó como médica al servicio de la Administración Pública griega.

Conclusión

37. Por consiguiente, considero que procede responder a las cuestiones remitidas por el Arbeitsgericht Hamburg del siguiente modo:

«1) Una cláusula de un Convenio Colectivo relativo a los empleados de la Administración Pública de un Estado miembro en la que se prevé la promoción por razón de antigüedad tras ocho años de empleo en un determinado nivel profesional contemplado en el Convenio y que no computa actividades equiparables al servicio de la Administración Pública de otro Estado miembro, vulnera el artículo 48 del Tratado CE y los apartados 1 y 4 del artículo 7 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, y es nula de pleno Derecho, en virtud del apartado 4 del artículo 7, en la medida en que prevé o autoriza condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de otros Estados miembros.

2) Hasta tanto se modifiquen las condiciones del Convenio Colectivo para eliminar la discriminación, el artículo 48 del Tratado, así como el apartado 1 del artículo 7 del Reglamento nº 1612/68, exigen que las ventajas concedidas por el Convenio se apliquen a un trabajador migrante, de modo que los servicios equiparables prestados a la Administración Pública de otro Estado miembro reciban equivalente reconocimiento.»