

Discriminación de la Administración Pública española en la aplicación del Reglamento Comunitario 883/2004 al personal del Instituto Cervantes que presta servicios en la Unión Europea



Revista de Derecho vLex

Índice

- 1 - Naturaleza jurídica del Instituto Cervantes.
- 2 - Contratación de personal en la sede y en los centros.
- 3 - Igualdad de trato en el Reglamento 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social.
- 4 - Aplicación del Reglamento Comunitario al personal del Instituto Cervantes.

Autor: Carmen Perona Mata

Cargo: Directora Gabinete Jurídico FE.CCOO. Doctora en Derecho. Abogada Administrativista

En este artículo vamos a analizar la aplicación por parte de la Administración Pública española del [Reglamento comunitario 883/2004](#) sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, al personal del Instituto Cervantes que presta servicios en los países de la Unión Europea que conlleva diferentes e interesantes interpretaciones respecto a la discriminación que sufren con el resto del empleado público y personal del Instituto Cervantes que presta sus servicios en España. Palabras clave: Instituto Cervantes, Seguridad Social, periodo transitorio, discriminación.

1 - Naturaleza jurídica del Instituto Cervantes

El Instituto se creó por la [Ley 7/1991, de 21 de marzo](#); en dicha ley se configuró como entidad de Derecho público de las previstas en el [artículo 6.5](#) del entonces vigente [Real Decreto Legislativo 1091/1988](#) por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, de 23 de diciembre de 1988 ([BOE de 29 de septiembre de 1988](#)), sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que ajusta sus actividades al ordenamiento jurídico privado.

2 - Contratación de personal en la sede y en los centros

La normativa que regula la **contratación de personal de la sede central del Instituto Cervantes** está recogida, fundamentalmente, en el Convenio Colectivo ([BOCM de 13 de mayo de 2002](#)), así como en la Instrucción conjunta de las Secretarías Generales para la Administración Pública y de Presupuestos y Gastos, de 15 de noviembre de 2007, sobre el procedimiento de autorización de contratos de personal laboral y nombramiento de funcionarios interinos. El artículo 15 del Convenio Colectivo establece que la provisión de puestos de trabajo y la selección del personal "*se realizará conforme a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad y a través de los procedimientos que se establecen: concurso-oposición y concurso de méritos*", y que para la provisión de vacantes se recurrirá, por orden de aplicación, al reingreso de excedentes voluntarios, a los concursos internos de traslado y promoción, a la convocatoria restringida y, finalmente, a la convocatoria pública.

Por su parte, la contratación del **personal adscrito a los centros** se rige por lo dispuesto en la Resolución de 30 de julio de 2002, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, en la que se establecen los criterios sobre la selección del personal laboral en el exterior, y por la [Resolución de 6 de julio de 2009](#), por la que la Dirección del Instituto Cervantes aprueba las condiciones laborales del personal de los centros del Instituto en el exterior en determinadas materias. En esta última norma se dispone que los sistemas normales para la provisión de puestos de trabajo en el exterior serán el concurso-oposición y el concurso de méritos, distinguiéndose entre personal sujeto a la legislación española y a la legislación local. Asimismo, la [Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 \(BOE de 28 de diciembre de 2012\)](#) establece en su artículo 23.4 que "*la contratación de personal fijo o temporal en el extranjero con arreglo a la legislación local o, en su caso, legislación española, requerirá la previa autorización del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas*".

3 - Igualdad de trato en el Reglamento 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social

El [Reglamento 883/2004](#) en su considerando quinto establece el principio de igualdad de trato dentro de la Comunidad en relación con la legislación nacional. Por ello, manifiesta la necesidad de respetar las características de cada legislación nacional en materia de seguridad social y de este modo establecer un único sistema de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. **El principio de igualdad de trato reviste una importancia especial para los trabajadores que no residen en el Estado miembro en el que trabajan**, incluidos los trabajadores fronterizos.

En este sentido, las personas que circulan dentro de la Unión Europea están sujetas al sistema de Seguridad Social de un solo Estado, con el fin de evitar la concurrencia de distintas legislaciones nacionales y su aplicación. ([STJUE de 11 de julio de 2018, asunto C-356/15](#), Comisión contra Reino de Bélgica, ECLI:EU:C:2018:555).

El Reglamento claramente señala la falta de justificación para que dentro de la Unión Europea los derechos a prestaciones de seguridad social dependan del lugar de residencia del interesado; no obstante, en determinados casos, especialmente por lo que respecta a las prestaciones especiales vinculadas al contexto económico y social del interesado, podría tenerse en cuenta su lugar de residencia. Al respecto en el considerando décimo séptimo, refleja que por norma general, la legislación aplicable sea la del Estado miembro en que el interesado realiza una actividad por cuenta ajena o propia, con el fin de garantizar de la forma más eficaz posible la igualdad de trato de todas las personas que trabajen en el territorio de un Estado miembro.

Este Reglamento ha pretendido que los ciudadanos que presten servicio por cuenta propia o ajena queden sujetos al régimen de seguridad social de un único Estado miembro, de modo que se evite la concurrencia de diversas legislaciones nacionales en su aplicación ([STJUE de 11 de julio de 2018, asunto C-356/15](#), Comisión contra Reino de Bélgica, ECLI:EU:C:2018:555)

Regula el mencionado [Reglamento 883/2004](#) que la persona que ejerza su actividad por cuenta ajena en un Estado miembro en el que ejerce en él normalmente su actividad y en el que el empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado,

4 - Aplicación del Reglamento Comunitario al personal del Instituto Cervantes

La aplicación del [Reglamento comunitario 883/2004](#) sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, al personal del Instituto Cervantes que presta servicios en los países de la Unión Europea, plantea diferentes interpretaciones que a lo largo de este artículo vamos a analizar.

Lo primero que hay que aclarar, premisa de la que hay que partir, es que el [Reglamento 883/2004](#), como su propio nombre indica, no crea un sistema unificado sino uno coordinado de sistemas de Seguridad Social. No unificado, pues no establece un régimen jurídico único de común aplicación a todos los Estados miembros de la Unión Europea, sino que **cada Estado miembro aplica su propia legislación interna sobre Seguridad Social**; coordinado, pues el [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) no contempla la armonización de la legislación de la Seguridad Social sino solamente su coordinación. En palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Reglamento de Seguridad Social:

"(...) no instituye un régimen común de seguridad social, sino que deja subsistir regímenes nacionales distintos y su único objetivo es garantizar que

existe un nivel de coordinación" (Sentencias Borowitz (C-21/87), [Check \(C-331/06\)](#) y [Petersen \(C-228/07\)](#).)

Es decir, no construye un sistema europeo de Seguridad Social, sino que lo que hace es coordinar los existentes, de modo que se opta por respetar las características propias de las legislaciones nacionales de Seguridad Social y elaborar únicamente un sistema de coordinación.

Las disposiciones normativas a tener en cuenta y objeto de interpretación son, (i) el [Reglamento CE 883/2004, de 29 de abril](#), sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, y (ii) el [Reglamento CE 987/2009](#), de 16 de septiembre², que desarrolla el anterior y adopta normas de aplicación del mismo. El primero, es el Reglamento de base y el segundo, el de aplicación.

Consideramos pertinente examinar algunas de las consideraciones iniciales que, a modo de preámbulo, figuran en el Reglamento de base. Establecen lo siguiente:

"Las normas sobre coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social forman parte del marco de la libre circulación de personas y deben contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de éstas.

Es necesario respetar las características especiales de las legislaciones nacionales en materia de seguridad social y establecer únicamente un sistema de coordinación.

En el marco de dicha coordinación, es preciso garantizar a las personas interesadas la igualdad de trato dentro de la Comunidad conforme a las diversas legislaciones nacionales.

Las normas de la coordinación deben garantizar a las personas que se desplazan dentro de la Comunidad, a las personas a su cargo y a sus supérstites, el mantenimiento de los derechos y ventajas que hayan adquirido o estén adquiriendo.

Para garantizar del modo más eficaz posible la igualdad de trato de todas las personas que trabajen en el territorio de un Estado miembro, procede determinar como legislación aplicable, por norma general, la del Estado miembro en que el interesado realiza una actividad por cuenta ajena o propia.

En determinadas situaciones que justifiquen otros criterios de aplicabilidad, será preciso establecer excepciones a esta norma general.

A los efectos que nos ocupan, los principios mencionados deberían presidir, no sólo la interpretación del reglamento de base, sino -y sobre todo- la aplicación del mismo a través de la normativa de desarrollo. Dicho lo cual, lo que llama la atención es que el [Reglamento 987/2009](#) y los criterios interpretativos del Estado español, se apartan de los mencionados principios, que en absoluto quedan garantizados.

Esta nueva normativa no contempla, al menos de forma explícita, el derecho de opción a los trabajadores de nacionalidad española que sí recogía el [Reglamento CEE 1408/71](#)³ y establece como regla general el sometimiento a la legislación de seguridad social del Estado miembro en el que se desarrolla la actividad, lo que conduce a que los trabajadores españoles que han accedido a partir del 1 de mayo de 2010 a un centro del Instituto Cervantes en la Unión Europea, por concurso de traslados o nueva incorporación (personal desplazado sin

movilidad obligatoria con la categoría profesional de profesores, gestores culturales y bibliotecarios), han pasado a cotizar en el régimen de seguridad social local.

El Reglamento base estableció un período transitorio de 10 años (art. 87.8) durante el cual los trabajadores cotizantes a la Seguridad Social española (por haber ejercitado la opción al amparo de lo previsto en el art. 16.2 del [Reglamento comunitario 1408/71](#)) se mantenían el mismo sistema.

El período transitorio mencionado finalizó el 30 de abril de 2020. El problema surge a partir de esta fecha, con el trato diferenciado que se les dispensa a determinadas categorías y personas destinadas en determinados países de la UE respecto del resto del personal del Instituto Cervantes.

Tras la entrada en vigor el [Reglamento CE 883/2004](#), el 1/5/2010, el Instituto Cervantes comienza a aplicar esta nueva normativa, generándose dos situaciones, a saber: (i) la de los trabajadores contratados y desplazados en el exterior antes de la citada fecha (1/5/2010) y que se encontraban en ese momento en un destino del ámbito de la UE, los cuales mantenían el derecho de opción y la posibilidad de beneficiarse del periodo transitorio de 10 años; (ii) la de los trabajadores que se incorporaron a su destino en el concurso interno de traslados de abril de 2010, momento en que el Instituto Cervantes aplica el criterio del [Reglamento 883/2004](#), de sujeción a la legislación del Estado miembro donde se ejerza la actividad.

En esta última situación se encuentra también el personal contratado previamente por el Instituto Cervantes, que se encontraba desarrollando su prestación laboral en algún destino de la Unión Europea, cotizando a la Seguridad Social española.

La problemática surge cuando este colectivo, tras participar en el correspondiente concurso de traslados y firmar un nuevo contrato, advierte que **el Instituto Cervantes considera esta situación como una nueva contratación**, que no lo es, y a partir de ese momento se les aplica una interpretación restrictiva del Reglamento comunitario. A resultas de ello este colectivo pierde la posibilidad de conservar el derecho de opción, los beneficios del periodo transitorio de 10 años y se les da de alta en la Seguridad Social del país receptor, una vez que se les asigna el nuevo destino y toman posesión del puesto de trabajo.

A través de Acuerdos de Excepción suscritos con Italia, Austria, Irlanda, Grecia, Polonia, Portugal, Rumanía y Bulgaria se ha mantenido en el régimen de la Seguridad Social española al personal laboral al servicio de Misiones Diplomáticas al que se le aplicaba el período transitorio, al objeto de que continuaran integrados en el sistema español una vez transcurrido la moratoria del 30/4/2020 y hasta la fecha de su jubilación.

Para los países en los que no se había suscrito un acuerdo de excepción se dicta la Resolución conjunta de las Secretarías de Estado de la Seguridad Social y de Función Pública de 25 de abril de 2019⁴ que declaró:

"(...) asimilados a funcionarios, a los exclusivos efectos de la aplicación del artículo 11.3.b del [Reglamento CE 883/2004](#) (...) al personal laboral al servicio de las misiones diplomáticas y oficinas consulares españolas en un Estado

miembro de la Unión Europea, que hubiera optado antes del 1 de mayo de 2010".

El art. 11.3.b del Reglamento comunitario exceptúa de la aplicación del mismo a las personas consideradas *funcionarios o asimilados* por el Estado miembro del que depende la Administración que les ocupa.

En consecuencia, **el personal contratado y desplazado en el exterior antes del 1/5/2010 y que se encontraba en ese momento en un destino del ámbito de la Unión Europea, quedaría finalmente cubierto por la citada Resolución, manteniendo el derecho de opción y cotizando a la Seguridad Social Española**, mientras que el colectivo de trabajadores que se incorporaron a su destino en el concurso interno de traslados de abril de 2010 se les dispensa un trato discriminatorio, que carece de justificación objetiva y razonable, incurriéndose respecto a ellos en una situación de agravio comparativo que tiene incidencia en el principio de igualdad, tras la pérdida del derecho de opción en el año 2010.

El art. 1.d) del [Reglamento 883/2004](#) define el **concepto de funcionario**, como *la persona considerada funcionario o asimilado por el Estado miembro del que depende la Administración que le ocupa*. Debiendo acudir a la regulación española para determinar si el personal laboral del Instituto Cervantes desplazado en los países de la Unión Europea puede considerarse asimilado a funcionario.

En este sentido puede afirmarse que **el personal laboral y funcionario al servicio de una Administración pública son empleados públicos** y así se recoge en el [Estatuto Básico del Empleado Público \(TREBEP\)](#)⁵ cuando, en su art. 8.1 señala que:

"son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales".

Es más dentro de la clasificación que realiza el [art. 8.2](#) el [EBEP](#) incluye dentro de dicho concepto a **funcionarios**, a **personal laboral** y al **personal eventual**. Incluso la propia [Resolución de 25 de abril de 2019](#) reconoce que:

"(...) la situación del personal laboral, a efectos de seguridad social, es similar a la de los funcionarios que desempeñan su labor en las citadas misiones diplomáticas u oficinas consulares de España en los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europea y de Suiza. Y continúa diciendo que la similitud señalada entre el personal laboral al servicio de misiones diplomáticas y de oficinas consulares (...) y los funcionarios en la misma situación, hace aconsejable declarar la asimilación de ambas categorías de empleados públicos a los solos efectos de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 11.3.b del [Reglamento CE nº 883/2004](#)."

Si el derecho interno recoge una disposición de éstas características, teniendo en cuenta que la normativa comunitaria remite al mismo la calificación de dicho personal, entendemos que debería aplicarse -sin contravención- el art. 11.3.3 del Reglamento base y someter a los trabajadores afectados a la legislación del Estado del que depende la Administración que le ocupa.

Por otra parte, existe base jurídica para sostener la pretendida equiparación existe, si bien en materia de **contratación temporal**, aunque no

específicamente de seguridad social. Al respecto, cabe decir que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no distingue entre personal laboral, funcionario, razón por la que la Directiva en materia de contratación temporal es de aplicación a todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas, pues la misma incluye a todos los trabajadores en general, sin distingo alguno derivado del carácter público o privado del empleador ([Asunto C-212/04, Adeneler y otros](#), párrafo 56).

La no aplicación al personal del Instituto Cervantes afectado del régimen español de Seguridad Social produce una evidente **desigualdad de trato entre trabajadores que desempeñan un mismo puesto de trabajo**, en virtud de un mismo tipo de contrato, los cuales prestan servicios para una misma Administración pública, a la que han accedido a través de los correspondientes procedimientos reglados, y sin embargo las condiciones son diferentes, por el régimen de Seguridad Social aplicable. Además tal discriminación provoca la existencia en la Unión Europea de dos colectivos de trabajadores al servicio del Instituto Cervantes en función de la fecha de incorporación al centro.

Ello acarreará problemas de diferente índole, ya que (i) no todos los países de la Unión Europea tienen el mismo nivel de protección social, lo que genera un agravio comparativo entre el personal de la misma empleadora (i) tampoco son idénticos los descuentos en nómina por tales conceptos, lo que hace variar el importe líquido a percibir por los trabajadores y genere un detrimento de la capacidad adquisitiva, (iii) hay países dentro de la Unión Europea en los que el hecho de ser cotizante a la seguridad social, implica una situación de residencia que deriva en obligaciones fiscales, con deducciones más gravosas, (iv) todo ello supone, en algunos casos, que a mayor cotización, menor retribución, (v) diferencias en las prestaciones por maternidad, jubilación y desempleo, sin que se prevea el establecimiento de fórmulas de compensación por tales perjuicios, (vi) colisión irresoluble entre la normativa laboral española aplicable a este personal con la legislación local en materia de seguridad social, como sucede con las prestaciones de incapacidad temporal.

En definitiva, los perjuicios que ocasiona que, una vez finalizado el período transitorio, el personal afectado tenga que encuadrarse en la Seguridad Social del lugar de destino, son muchos y se reconducen básicamente a la existencia de un agravio comparativo que, como se ha dicho, tiene en nuestra opinión incidencia en el principio de igualdad, tanto respecto a otros trabajadores de la misma empleadora en otros países de la Unión Europea, como en relación a los que prestan servicios en España.

Además, se produce una infracción de los principios enunciados en el apartado 1, en cuanto (a) a que las normas sobre coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social deben contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de los trabajadores, y no a empeorarlas (b) o a que es necesario respetar las características especiales de las legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social, (c) o a la igualdad de trato dentro de la Comunidad (por cuanto la legislación en materia de seguridad social no está armonizada ni, en consecuencia, es uniforme), (d) no pudiendo suprimirse los derechos adquiridos, si cuando llegado el 2020, obligatoriamente la Seguridad Social

española expulsa a los trabajadores afectados a otros sistemas, lo que produce una modificación *in peius* de las condiciones hasta el momento existentes.

[1] [Reglamento \(CE\) n° 883/2004](#) del Parlamento Europeo y de Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DOUE núm. 166, de 30 de abril de 2004)

[2] [Reglamento \(CE\) n° 987/2009](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del [Reglamento \(CE\) n° 883/2004](#), sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DOUE núm. 284, de 30 de octubre de 2009).

[3] [Reglamento \(CEE\) n° 1408/71](#) del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DOUE núm. 149, de 5 de julio de 1971).

[4] Resolución de 25 de abril de 2019, conjunta de la Secretaria de Estado de la Seguridad Social y de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se declaran asimilados a funcionarios, a los exclusivos efectos de la aplicación del artículo 11.3.b del [Reglamento CE n° 883/2004](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, al personal laboral al servicio de las misiones diplomáticas y oficinas consulares españolas en un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o Suiza, que hubiera optado, antes del 1 de mayo de 2020, por permanecer sujeto a la legislación española de seguridad social ([BOE de 22 de mayo de 2019](#)).

[5] [Real Decreto Legislativo 5/2015](#), de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público ([BOE de 31 de octubre de 2015](#)).