

El convenio especial para inmigrantes y su incidencia en la determinación de la base reguladora en las pensiones calculadas a prorrata en aplicación del reglamento CE 883/2004. Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17 Crespo Rey

The special agreement for immigrants and its impact on the determination of the regulatory basis in pensions calculated pro rata according to Regulation EC 883/2004. Comments on the Judgment of the Court of Justice of the European Union of 28 June 2018, Case C-2/17 Crespo Rey

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA

*LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

**Resumen**

En determinados supuestos los trabajadores emigrantes mientras trabajan en otro Estado de la Unión Europea suscriben un convenio especial para emigrantes al objeto de asegurar una pensión en España y no perder las expectativas de derecho que en materia de Seguridad Social mantenían en nuestro país. La regulación de este convenio especial establece que la base de cotización será la mínima establecida por la Ley de Presupuestos Generales del Estado lo que a juicio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resulta incompatible con el principio de libre circulación de trabajadores toda vez que un español sedentario, al suscribir un convenio especial ordinario, puede optar por una base superior a la mínima.

**Abstract**

In certain cases, migrant workers working in another state of the European Union sign a special agreement for migrants in order to secure a pension in Spain and to not lose the expectations of rights which they have in the Spanish social security system. The regulation of this special agreement states that the contribution basis will be the minimum one established by the Law on General State Budgets, which in the judgment of the Court of Justice of the European Union is incompatible with the principle of free movement of workers, as a Spanish worker who has chosen not to exercise the right to free movement can sign an ordinary special agreement and choose a basis higher than the minimum.

**Palabras clave**

Convenio especial; emigrantes; Libre circulación; base reguladora

**Keywords**

Special agreement; migrants; free movement; regulatory basis

**1. ANTECEDENTES DE HECHO**

El demandante, con nacionalidad española tras haber cotizado en España durante diferentes periodos comprendidos entre 8/1965 y 6/1980 con arreglo a bases superiores a la base mínima fijada para el Régimen General de la Seguridad Social española, se instaló en Suiza. Desde el 1/3/1983 a 31/12/1983 y desde 1/5/1984 hasta el 31/12/2013 ha cotizado a la Seguridad Social Suiza.

El 1 de diciembre de 2007, el actor suscribió un convenio especial con la Seguridad Social española para emigrantes de forma que, a partir de esa fecha y hasta el 1 de enero de 2014, satisfizo cuotas cuyo importe se calculó con arreglo a la base mínima de cotización establecida para el Régimen General de la Seguridad Social española.

Solicitada la pensión de jubilación se le reconoció dicha pensión con una base reguladora de 639,26 euros, tomando en consideración, para este cálculo, el periodo comprendido entre el 1/1/1998 a 30/12/2013.

El INSS equiparó el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2007 y el 31 de diciembre de 2013, durante el cual se aplicaba el convenio especial de 1 de diciembre de 2007, a un periodo cumplido en España, por lo que tomó en consideración las bases de cotización del convenio especial. Por otro lado, para el periodo comprendido entre el 1/1/1998 y el 30/11/2007 aplicó las modalidades previstas en el Anexo XI, rúbrica “España”, G.2, por lo que tomó como base de cálculo, la base más próxima al periodo de referencia, por lo que el INSS consideró que esta base era la base de cotización de diciembre de 2007, sobre cuya base se calculó la primera cuota mínima abonada por el actor.

Disconforme con la pensión reconocida, por entender que en el presente supuesto para el cálculo de la base reguladora debían tenerse en cuenta durante el periodo trabajado en Suiza las bases medias de cotización, y en tal sentido se pronunció el Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña el cual dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 2015 estimando la demanda y declarando el derecho del actor y concediendo la pensión de jubilación reclamada sobre una base reguladora de 1.959,60 euros mensuales, con un porcentaje a cargo de España del 35,04 %.

El INSS recurrió la sentencia en suplicación argumentando que el Convenio Hispano Suizo no avala el cálculo de la base reguladora sobre las bases medias, siendo impugnado el recurso defendiendo tanto la aplicación de las bases medidas como el cálculo reconocido por el Juzgado de instancia.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia entendía que no era posible tomar en consideración las bases medias, si bien aplicación del principio *iura novit curia* pregunta si la normativa reguladora del convenio para emigrantes es compatible con el artículo 45 TFUE, apartado 1, en la medida en que, por una parte, el artículo 15 de la Orden Ministerial de 2003 obliga al trabajador emigrante a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, sin que pueda elegir otra base de cotización, y, por otra parte, el INSS equipara el periodo durante el que este convenio se aplica a un periodo realizado en España, de forma que, al calcular el importe teórico de la pensión de jubilación de este trabajador, solo se tienen en cuenta las cuotas mínimas abonadas en el marco de dicho convenio, a pesar de que, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, el trabajador en cuestión cotizara en España con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.

El Tribunal a quo consideraba que en el supuesto de que el TJUE entendiera que las normas nacionales de aplicación fueran incompatibles, debía solicitar orientación acerca de si procedería, con arreglo al artículo 45 TFUE y anexo XI, rúbrica “España, punto G2”, del Reglamento nº 883/2004, tomar en consideración, para calcular el importe teórico de la

pensión de jubilación del trabajador migrante, la última base de las cuotas reales abonadas por este último en España antes de ejercer su derecho a la libre circulación, es decir, una base de cotización más elevada que aquella que sirvió de referencia para calcular las cuotas abonadas por dicho trabajador en el marco del convenio especial de 1 de diciembre de 2007.

En este sentido, la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Galicia planteó las siguientes preguntas:

a) ¿Deben entenderse excluidas de la expresión “la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo” a que se alude en el Anexo XI.G.2 del Reglamento nº 883/2004 aquellas bases de cotización derivadas de la aplicación de una norma interna española según la cual un trabajador migrante retornado cuyas últimas cotizaciones reales españolas hubieran sido superiores a las bases mínimas solo puede suscribir un convenio de mantenimiento de cotizaciones conforme a bases mínimas mientras que, si fuera un trabajador sedentario, se les habría ofrecido la posibilidad de suscribirlo por bases superiores?

b) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, y de conformidad con el Anexo XI.G.2 del Reglamento nº 883/2003, ¿Son remedios adecuados para reparar el perjuicio causado al trabajador migrante tomar las últimas cotizaciones reales españolas debidamente actualizadas y considerar el periodo cotizado al amparo del convenio de mantenimiento de cotizaciones como período neutro o un paréntesis?

## **2. EL CÁLCULO DE LAS PENSIONES EN LOS CASOS DE TRABAJOS EN OTROS ESTADOS DE LA UNIÓN EUROPEA**

El artículo 52 del Reglamento CE 883/2004 de 29 de abril establece que la institución competente calculará el importe de la prestación potencialmente adeudada aplicando alternativamente dos posibilidades, eligiéndose la más favorable para el beneficiario:

a) Mediante la primera fórmula la pensión se calcula en virtud de la legislación nacional que aplique, ahora bien, esta posibilidad solo se puede aplicar cuando se cumplen las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones de acuerdo con la legislación nacional, a esta modalidad se denomina pensión nacional.

b) En la segunda fórmula se calculará un importe teórico y posteriormente un importe real (prestación prorrateada) de la siguiente manera:

- i. el importe teórico de la prestación será igual a la prestación que el interesado habría causado en el supuesto de que todos los periodos de seguro y/o de residencia cumplidos de acuerdo con las legislaciones de los demás Estados miembros se hubieran cumplido de acuerdo con la legislación que dicha institución aplique en la fecha en que se liquide la prestación, de manera que en el caso de que, con arreglo a dicha legislación, el importe no dependa de la duración de los periodos cumplidos, se considerará que dicho importe constituye el importe teórico.
- ii. la institución competente establecerá a continuación el importe real de la prestación prorrateada, aplicando al importe teórico la proporción entre la

duración de los periodos cumplidos antes de la fecha de materialización del riesgo de acuerdo con la legislación que la institución aplique y la duración total de los periodos cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados.

Para calcular la pensión en uno como en el otro caso, se computan las reglas nacionales y por ende, se toman en consideración las cotizaciones efectuadas de acuerdo con la legislación de Seguridad Social española, es decir, se computan las cotizaciones efectuadas en España, bien a consecuencia de la realización de trabajos, bien, las correspondientes a la suscripción de un convenio especial. De esta manera el Anexo XI G2 del Reglamento CE 883/2004 establece que en aplicación del artículo 56.1.c) del Reglamento, el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales de la persona durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. Ahora bien, cuando en el periodo de referencia a tener en cuenta para calcular la base reguladora de la pensión se tengan que ser computados periodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, se utilizará para los mencionados periodos la base de cotización en España que más se aproxime en el tiempo, teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo.

De esta forma, en el caso litigioso, la entidad gestora, tuvo en cuenta para calcular la base reguladora el periodo comprendido entre el 1/1/1998 a 30/12/2013, periodo en el que el trabajador íntegramente trabajó en Suiza por lo que computó las cotizaciones efectuadas en virtud del convenio especial para emigrantes suscrito con la Seguridad Social española y para los periodos no cotizados, las bases más cercanas en el tiempo. No obstante, como hemos visto el actor consideró que se debían computar para el periodo no cotizado las bases medias vigentes en España en dicho periodo, mientras que el Tribunal a quo consideraba que se debían tomar en consideración para el periodo en el que se suscribió el convenio especial las bases de cotización efectuadas en España antes de salir del país al ser las últimas realizadas en España y entender a su vez que el carácter discriminatorio del convenio especial para emigrantes.

### **3. EL CÁLCULO DE LA PENSIÓN MEDIANTE LA APLICACIÓN DE LAS BASES MEDIAS DE ESPAÑA**

Las sentencias del TJUE de 7.2.1991 Asunto C-227/89 caso Rönfeldt y de 9.2.1995 Caso Thevenon consideraban la posibilidad de aplicar a la hora de calcular la pensión los convenios bilaterales suscritos por los Estados miembros de la Unión y que fueron derogados por los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, en particular por el Reglamento 1408/71 y el actualmente vigente el Reglamento 883/2004 (artículo 8), cuando se dieran dos circunstancias: a) Que las normas aplicables en virtud del Convenio bilateral, en cuanto derecho nacional sean más favorables que las establecidas en el derecho comunitario siempre que se respeten los principios establecidos en éstos últimos; y b) Que el trabajador debió ejercer su derecho a la libre circulación que le permite la aplicación del convenio bilateral antes de la entrada en vigor para los Estados de los Reglamentos Comunitarios, de modo que cuando prestó los servicios sólo lo era aplicable el convenio bilateral para regular el derecho que se invoca.

En concreto la STJCE 17.12.1998 C-153/97 Asunto Grajera señalaba que la aplicación del Convenio Hispano-Alemán resultaba ser la norma más favorable, en detrimento del Reglamento Comunitario para el cálculo de las bases reguladoras de las pensiones de incapacidad permanente y de jubilación. Así indicaba que el cálculo de la base reguladora por el organismo español sería más favorable si se calculaba sobre las bases medias de un trabajador de la misma categoría profesional, como establecía el convenio bilateral, que si calculaba sobre las bases remotas del trabajador actualizadas, siendo ésta a doctrina tomada en consideración por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de octubre de 2004 (RJ 2005,1581), entre otras. De esta forma, ciertos convenios bilaterales permitían que las bases de cotización correspondientes a periodos trabajados en Alemania se determinaran en España teniendo en cuenta el promedio de la suma entre las bases máximas y la mínima aplicable a un trabajador en España de la misma categoría.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el Convenio Hispano-Suizo no resulta de aplicación pues el convenio de Seguridad Social suscrito entre Suiza y España no contempla la aplicación de las bases medias y así la sentencia de la Sala de lo Social de Galicia de 14 de septiembre de 2012 (recurso 3198/2009) señala: “...tal previsión se recoge en el artículo 14 del Convenio que no contempla un supuesto de bases medias, sino que según este artículo el cálculo de la BR se hará sobre las «...bases mínimas de cotización que durante todo aquel periodo o fracción del mismo hubieran sido aplicables en España a los trabajadores de la misma profesión que la últimamente ejercida por el causante en España...». La referencia a bases mínimas cierra la puerta a interpretarlo como bases medias, ya que en los convenios bilaterales que han permitido una hermenéutica más favorable hablaban simplemente de «bases de cotización» (así, el Convenio Hispano-Alemán –artículo 25– o el Hispano-Holandés –artículo 24–). De hecho, este es el criterio que han seguido las SSTS 11/10/01 RJ 2002/1501, en relación con el artículo 18 del Convenio Hispano-Italiano (30/10/79) que también hablaba de bases mínimas, al rechazar un cómputo de bases medias y acudir al Reglamento Comunitario; y en la sentencia de 30/09/99 (RJ 7869/1999), referente al Convenio Hispano-Belga de 1958, que hace otro tanto”.

#### 4. EL CONVENIO ESPECIAL PARA TRABAJADORES EMIGRANTES

En el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social española el convenio especial tiene una doble finalidad<sup>1</sup>: Por un lado sirve para incluir en el Sistema de la Seguridad Social, considerando actividades profesionales relevantes de protección por la Seguridad Social, a determinadas actividades asimiladas a las que desarrollan los trabajadores por cuenta ajena o propia, de manera que se incluyen en el ámbito de la Seguridad Social del nivel contributivo de la Seguridad Social a diputados, senadores, miembros de los parlamentos y gobiernos de las Comunidades Autónomas, cargo electivos sindicales, o trabajadores emigrantes. Por otro lado, sirve para permitir que personas que han desarrollado una actividad profesional y que han cesado en ella, o reducido el tiempo dedicado a la misma, puedan mantener intactas sus expectativas de protección, conviniendo con la Seguridad Social, de forma individualizada, la consideración ficticia de sujeto activo con, normalmente, la carga económica de seguir pagando las cotizaciones a su costa, de manera

<sup>1</sup> GONZALEZ ORETEGA, Santiago, BARCELÓN COBEDO, Susana y QUINTERO LIMA, Gema: Introducción al Derecho de la Seguridad Social. *Tirant Lo Blanch*. 5ª Edición. Valencia 2011. Página 108.

que de este modo conservan el derecho a las prestaciones cuando las contingencias se actualicen, como si estuvieran en alta. A estas finalidades GOERLICH y MERCADER<sup>2</sup> añaden una tercera, la de mejorar las expectativas de acceso a las prestaciones.

FERNÁNDEZ ORRICO, destaca dos características que determinan la complejidad de la naturaleza jurídica del convenio especial. Por un lado, el carácter contractual del convenio que deriva del hecho de que el convenio se suscriba voluntariamente y, en segundo lugar el carácter público de este instituto jurídico de manera que la declaración de voluntad de la Administración de la Seguridad Social se determina a través de un acto administrativo reglado, por lo que para el citado autor nos encontramos ante una institución híbrida entre el contrato y el acto administrativo<sup>3</sup>.

La exposición de motivo del Real Decreto 996/1986, de 25 de abril prevé para los trabajadores españoles emigrantes en el extranjero la suscripción de dos tipos de convenios especiales, la ordinaria previsto con carácter general, y uno específico para aquellos supuestos para los casos en los que no se pudiera acceder al convenio especial ordinario. En tal sentido esta segunda modalidad está pensada para los emigrantes, o hijos de los mismos, que inicien su actividad laboral por primera vez en el extranjero, en cuanto no afiliados previamente al sistema de la Seguridad Social con antelación a su salida de España, no pueden tener acceso al Convenio Especial citado. De este modo, a través de esta modalidad de convenio se ayuda a paliar un problema añadido cuando en el Estado extranjero en el que desarrollen su actividad laboral no tenga suscrito, Acuerdo o Convenio bilateral de Seguridad Social con España, ya que el eventual retorno y el posterior trabajo, y consecuente afiliación al sistema de Seguridad Social español podría comportar una doble y sucesiva carrera de aseguramiento, de la que no se derivase el derecho a una protección adecuada.

#### **4.1. La aplicación del convenio ordinario a los trabajadores emigrantes**

Los trabajadores que cesen en una actividad profesional para emigrar a otro Estado pueden suscribir el convenio especial establecido en el artículo 2.2.a) de la Orden TAS/2865/2003 previsto para los trabajadores o asimilados que causen baja en el Régimen de la Seguridad Social en que se hallen encuadrados y no estén comprendidos en el momento de la suscripción en el campo de aplicación de cualquier otro régimen de la Seguridad Social.

Para suscribir este convenio especial con la Seguridad Social será necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos (artículo 3 de la Orden TAS/2865/2003):

1.- Solicitar su suscripción ante la TGSS en el plazo de un año a contar del día siguiente a la fecha en la que cause baja en el régimen de la Seguridad Social en el que estuviera encuadrado.

2.- Cursarse la solicitud en modelo oficial establecido al efecto por la TGSS.

<sup>2</sup> GOERLICH PESET, José María y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: *Practicum Social*, 2014. Thomson Reuters. *Lex Nova*. Pag. 1178.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier. *El Convenio Especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*. *Lex Nova. Thomson Reuters*. 2013. Págs. 50 y ss.

3.- Tener cubierto, en la fecha de solicitud del convenio especial, un periodo de mil ochenta días de cotización al sistema de la Seguridad Social en los doce años inmediatamente anteriores a la baja en el Régimen General de la Seguridad Social en los doce años inmediatamente anteriores a la baja en el Régimen de la Seguridad Social.

En la situación de convenio especial, la cotización a la Seguridad Social será obligatoria desde la fecha de efectos del convenio y mientras se mantenga la vigencia del mismo. La base de cotización tiene carácter mensual, si bien en los supuestos en que fuese tomar bases diarias, la base mensual se dividirá por treinta en todos los casos (artículo 6 Orden TAS/2865/2003).

En el momento de suscribir el convenio especial el interesado podrá elegir cualquiera de las siguientes bases mensuales de cotización:

a) La base máxima de cotización por contingencias comunes del grupo de cotización correspondiente a la categoría profesional del interesado o en el régimen en que estuviera encuadrado, en la fecha de baja en el trabajo determinante de la suscripción del convenio especial, siempre que haya cotizado por ella al menos durante 24 meses, consecutivos o no, en los últimos cinco años.

b) La base de cotización que sea el resultado de dividir por 12 la suma de las bases por contingencias comunes por las que se hayan efectuado cotizaciones, respecto del trabajador solicitante del convenio especial, durante los doce meses consecutivos anteriores a aquel en que haya surtido efectos la baja o se haya extinguido la obligación de cotizar y que sea superior a la base mínima. No obstante, en el caso de tener acreditado un periodo de cotización inferior a 12 meses, esta base estará constituida por el resultado de multiplicar por 30 el cociente de dividir la suma de las bases de cotización entre el número de días cotizados.

c) la base mínima de cotización vigente, en la fecha de efectos del convenio especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

d) Una base de cotización que esté comprendida entre las bases determinadas conforme a las bases anteriores.

Por otra parte a opción del interesado que las hubiese elegido, las bases de cotización podrán incrementarse en cada ejercicio posterior a la baja en el trabajo o al cese en la actividad en el mismo porcentaje en que se aumente la base máxima del grupo de cotización correspondiente a su categoría profesional o la del régimen en que hubiera estado encuadrado. En este sentido, las personas que suscriban el convenio especial y hayan optado por las bases de cotización máximas, las correspondiente al promedio de las bases de los doce meses anteriores, o una intermedia entre estas y la mínima, podrán solicitar que, mientras mantengan su situación de alta o asimilada al alta por la suscripción del convenio, que su base de cotización se incremente automáticamente en el mismo porcentaje en que aumente en lo sucesivo la base máxima de cotización del Régimen de la Seguridad Social de que se trate.

En ningún caso la base de cotización resultante podrá ser superior a la base máxima de cotización vigente ni inferior a base mínima de cotización vigente. En este sentido, en los casos en que haya que tener en cuenta, a efectos de cotización, distintas categorías

profesionales, las bases mínimas o máxima, se entenderán referidas a las correspondientes al grupo de cotización en que se encuentre comprendida la categoría que tenía el trabajador antes de la baja, siempre que sean superiores a la base mínima.

En todo caso, las opciones que se ejerciten con posterioridad a la suscripción del convenio especial deberán efectuarse antes del primero de octubre de cada año y tendrán efectos desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de solicitud, e igualmente la renuncia a estas opciones podrá realizarse en el mismo plazo y tendrá efectos desde el 1 de enero del año siguiente al de la formulación o renuncia.

El tipo de cotización por convenio especial por convenio especial será único y estará constituido por el vigente en cada momento en el Régimen general de la Seguridad Social (artículo 7 Orden TAS/2865/2003). En este sentido, para determinar la cuota a ingresar por convenio especial se actuará de la forma siguiente:

a) Se calculará la cuota íntegra aplicando a la base de cotización que corresponda el tipo único de cotización vigente en el Régimen General.

b) El resultado obtenido se multiplicará por el coeficiente o coeficientes reductores aplicables, en función de la acción protectora dispensada por el convenio especial, y el producto que resulte constituirá la cuota líquida a ingresar. A estos efectos, los coeficientes a aplicar para la cotización en la sustitución de convenio especial serán los fijados anualmente por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

c) Cuando los efectos iniciales o finales del convenio especial no sean coincidentes con el primero o el último día del mes, la cuota mensual se dividirá por 30 y el cociente se multiplicará por los días del mes que tenga o haya tenido efectos el convenio.

El sujeto responsable del ingreso de las cuotas será el comprometido por el convenio a abonar a su cargo el importe de la cuota correspondiente en los términos establecidos en el convenio a abonar a su cargo el importe de la cuota correspondiente en los términos que el convenio establezca y, en su caso, aquel se imponga expresamente dicha obligación en la normativa específica del convenio. No obstante, podrán actuar como sustitutos de los trabajadores o asimilados que suscriban el convenio especial, o en su caso de los empresarios obligados al pago de la aportación correspondiente las personas físicas o jurídicas que asuman voluntariamente esta obligación con autorización de dichos trabajadores, empresarios o asimilados, si bien la sustitución en la persona del deudor sin consentimiento expreso de la TGSS no liberará al suscriptor del convenio, sin perjuicio de que si el sustituto realice el pago, se entienda efectuado por un tercero. El plazo para el ingreso será el del mes siguiente al que corresponda (artículo 8 Orden TAS/2965/2003).

En las situaciones de alta o asimilada al alta por convenio especial, al producirse el respectivo hecho causante se otorgarán si se cumplen los requisitos necesarios, las prestaciones correspondientes derivadas de contingencias comunes a excepción de los subsidios por incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo, quedando excluida la protección por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación profesional, reconociéndose las prestaciones con arreglo a las normas que regulan el régimen de la

Seguridad Social en el que figure incluido el suscriptor del convenio especial (artículo 9 de la Orden TAS/2865/2003).

El convenio especial con la Seguridad Social quedará suspendido, respecto de la obligación de cotizar y la protección correspondiente, durante los periodos de actividad del trabajador o asimilado que lo hubiere suscrito cuando los mismos, tanto si tiene carácter continuo como discontinuo, determinen la inclusión en el campo de aplicación de alguno de los regímenes de la Seguridad Social, siempre que la base de cotización a éste sea inferior a la base de cotización aplicada al convenio especial, salvo que el suscriptor del convenio especial manifieste expresamente su voluntad de que el convenio se extinga o que el mismo siga vigente. A estos efectos, la realización de las actividades que den lugar a dicha suspensión habrá de ser comunicada, por el suscriptor del convenio o por su representante a la TGSS dentro de los diez días siguientes a la reanudación de actividades, produciendo efectos la suspensión del convenio especial desde el día anterior al de la incorporación al trabajo, de manera que si se notificase después de dicho plazo, la suspensión únicamente surtirá efectos desde la fecha de comunicación. Finalizada la causa determinante de la suspensión del convenio especial, podrá reanudarse la efectividad del convenio que se tenía suscrito desde el día siguiente a aquel en que finalizó la causa de la suspensión, si el interesado efectúa la comunicación al respecto a la TGSS dentro del mes natural siguiente a aquel en que se produjo el cese, de manera que si se comunicara con posterioridad a dicho plazo, la reanudación de la efectividad del convenio se producirá desde el día de la presentación de la comunicación, salvo que hubiera efectuado con posterioridad cotizaciones al convenio, en cuyo caso la reanudación se producirá desde la fecha de efectos del primer pago, en plazo reglamentario, posterior a la fecha en que se haya producido el cese en el trabajo determinante de la suspensión (artículo 10.1 de la Orden TAS/2865/2003).

El artículo 10.2 de la Orden TAS/2865/2003 establece que el convenio especial se extinguirá por las siguientes causas:

a) Por quedar el interesado comprendido, por la realización de actividad, en el campo de aplicación del mismo Régimen de la Seguridad Social en el que se suscribiera el convenio o en otro Régimen de los que integran el Sistema de la Seguridad Social, siempre que el trabajador o asimilado que lo suscribiera prestare servicios o ejerza su nueva actividad a tiempo completo o a tiempo parcial, por tiempo indefinido o por duración determinada, con carácter continuo o discontinuo, y la nueva base de cotización que corresponda sea igual o superior a la base de cotización del convenio especial. No obstante, no se producirá la extinción del convenio especial por esta causa, salvo que el interesado manifieste expresamente lo contrario, en los casos de pluriempleo o pluriactividad.

b) Por adquirir el interesado la condición de pensionista por jubilación o de incapacidad permanente en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social.

c) Por falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades consecutivas, salvo por causa justificada de fuerza mayor debidamente acreditada. En estos casos el interesado no podrá suscribir un nuevo convenio especial hasta que se encuentre al corriente en el pago de las deudas adeudadas por convenio anterior, en cuyo caso el nuevo convenio únicamente surtirá efectos desde el día de la nueva solicitud.

d) Por el fallecimiento del interesado.

e) Por decisión del interesado, comunicada a la TGSS. En este caso, la extinción del convenio especial tendrá lugar a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de la comunicación.

No se extinguirá este convenio por el desplazamiento del suscriptor al extranjero aunque este desplazamiento supere el plazo de 90 días, o en su caso, la prórroga que pueda concederse, tanto si el trabajador o asimilado queda incluido como si queda excluido del campo de aplicación de la Seguridad Social en el país al que se desplace el suscriptor del convenio.

Pues bien, en el caso litigioso el actor pudo haber suscrito el convenio especial desde la fecha de la última cotización en España, es decir desde diciembre de 1983 de acuerdo con la legislación vigente en aquel momento sobre convenio especial, (Orden de 1 de septiembre de 1973) que requería haber cotizado hasta dicha fecha 7 años, requisito que se cumplía y haberlo hecho en los 90 días siguientes, pudiendo cotizar por el promedio de las bases de cotización en los 365 días anteriores al cese en la actividad anterior, sin que pudiera ser inferior a la base mínima de cotización aplicable durante la vigencia del convenio.

Posteriormente la Orden de 30 de octubre de 1985 estableció la posibilidad de suscribir el convenio ordinario, cuando el actor ya estaba en Suiza), señalando así la disposición transitoria segunda que aquellos trabajadores emigrantes en el país de empleo que, en su día, reuniendo los requisitos exigidos al efecto, no hubieran suscrito el convenio especial, podrá suscribir el convenio especial regulado en dicha Orden, dentro de los seis meses naturales siguientes al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, siendo sus efectos iniciales desde la indicada fecha de publicación. A este respecto la disposición transitoria disponía que dentro de los requisitos a reunir, se exceptuaba el relativo al periodo de carencia. En este convenio, la base de cotización estaba constituida por el resultado de multiplicar por 30 el cociente que resulte de dividir la suma de las bases por las que haya cotizado el trabajador durante los 365 días precedentes a aquel en que se haya causado la baja, por el número de días a que se refiere la cotización.

Por tanto, el actor pudo haber suscrito tanto en España como en Suiza un convenio especial ordinario, lo que no efectuó.

Ahora bien, el actor nunca pudo haber suscrito en España un convenio ordinario en 2007, es decir 24 años después de haber cesado en el trabajo.

#### **4.2. El convenio especial de emigrantes**

Este convenio especial se establece a favor de los emigrantes españoles y los hijos de éstos que posean la nacionalidad española, con independencia de que con anterioridad hayan estado o no afiliados a la Seguridad Social española, e independientemente del país en el que trabajen y de que dicho país tenga o no suscrito con España acuerdo o convenio en materia de Seguridad Social, de manera que podrán ser incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social (artículo 1 RD 996/1986) y estar en situación asimilado al alta para las contingencias de jubilación, muerte y supervivencia (artículo 2 RD

996/1986). En este sentido el artículo 15.1 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, que podrán suscribir este convenio especial:

- Los emigrantes españoles y los hijos de estos que posean nacionalidad española, con independencia de que con anterioridad hayan estado o no filiados a la Seguridad Social española, e independientemente del país en el que trabajen y de que dicho país tenga o no suscrito con España acuerdo o convenio en materia de Seguridad Social.

- Los emigrantes españoles y los hijos de estos que posean nacionalidad española y sea cual fuese el país en el que trabajen, en el momento de su retorno a territorio español, siempre que no se hallen incluidos obligatoriamente en algún régimen público de protección social en España.

- Los seglares, misioneros y cooperantes, dependientes de la Conferencia Episcopal, Diócesis, Órdenes, Congregaciones y otras Instituciones religiosas así como de organizaciones no gubernamentales, que tengan nacionalidad española y que sean enviados por sus respectivas organizaciones o instituciones a los países extranjeros, sin mediar relación laboral con éstas, los cuales, en los supuestos a que se refieren los apartados precedentes, tendrán la consideración de emigrantes a los solos efectos de la suscripción de esta modalidad de convenio especial.

- Los españoles que, sin haber estado previamente afiliados al sistema de la Seguridad Social, participen en el extranjero en programas formativos o de investigación de forma remunerada, cualquiera que sea el concepto o la forma de la remuneración que perciban, sin quedar vinculados por una relación laboral, los cuales tendrán la consideración de emigrantes a los solos efectos de la suscripción de esta modalidad de convenio especial.

La solicitud para suscribir esta modalidad de convenio especial podrá formularse en cualquier momento ante la Tesorería General de la Seguridad Social. A estos efectos, la estancia en el extranjero mediante copia del permiso de residencia o de estancia expedido por las autoridades correspondientes del país de emigración, compulsada por la consejería laboral española o consulado español en dicho país, o mediante certificado de inscripción en el registro de matrícula de la embajada o consulado español que corresponde.

El trabajo, la prestación de servicios o la formación en el extranjero podrá acreditarse por cualquier medio admitido en derecho y, en especial, por alguno de los siguientes: a) con copia del permiso de trabajo expedido por las autoridades correspondientes del país de inmigración, compulsada por la consejería laboral española o consulado español en dicho país, o mediante certificado del trabajo expedido por la empresa, compulsado y traducido por la consejería o consulado indicados; b) mediante certificado de la condición de seglar, misionero o cooperante enviado al extranjero, expedida por la organización o institución de la que aquél dependa; c) mediante certificado de la participación en programas formativos o de investigación expedido por la empresa, entidad o institución que corresponda, compulsado y traducido por la consejería laboral o consulado español.

A efectos de acreditar el retorno a territorio español, será necesario aportar el certificado de baja en el Registro de Matrícula Consular y autorizar a la TGSS para comprobar los datos del domicilio y residencia en España mediante consulta al Sistema de

Verificación de Datos de Residencia previsto en el RD 523/2006, de 28 de abril, por el que se suprime la exigencia de aportar el certificado de empadronamiento, como documento probatorio del domicilio y residencia, en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y de sus organismos público vinculados o dependientes. De no otorgarse dicha autorización o cuando el empadronamiento se haya realizado en los dos últimos meses, será necesario aportar el certificado de alta en el padrón municipal correspondiente.

La base mensual de cotización en esta modalidad de convenio especial será en todos los casos la base mínima de cotización que, en cada momento, se halla establecida en el Régimen General de la Seguridad Social, aplicando a la misma el tipo y las normas para la determinación de la cuota. El plazo reglamentario de ingreso de las cuotas correspondientes será el del mes siguiente al que corresponda, salvo que se trate de convenio especial suscrito por los emigrantes residentes en el extranjero, en cuyo caso se ingresarán por trimestres vencidos dentro del mes siguiente a cada trimestre natural.

El convenio especial se extinguirá por las causas generales establecidas para el resto de los convenios en el artículo 10.2 de la Orden, si bien la causa de extinción por falta de abono de las cuotas operará para los suscriptores que no residan en España, a la falta de pago en plazo reglamentario de las cuotas correspondientes a dos trimestres consecutivos.

Si el convenio especial ordinario tiene por finalidad garantizar el nivel de la cotización que se mantenía en la situación de empleo y alta en la Seguridad Social en España, ya sea cuando se permanece en España o en el extranjero incluido o no en la Seguridad Social del otro Estado, pero se requiere el cese en la actividad laboral previa en España, en el caso del convenio específico para trabajadores emigrantes el fundamento lo encontramos en el deseo de facilitar el retorno de los trabajadores emigrantes en los términos establecidos en el artículo 42 CE, de manera que no exige carencia previa y se permite la cotización sobre la base mínima vigente.

### **4.3. Diferencias entre uno y otro convenio especial**

Como hemos visto las dos modalidades de convenios especiales pueden ser suscritos por trabajadores que emigran y trabajan en el extranjero, si bien tienen una virtualidad distinta.

El ordinario tiene por finalidad mantener la cotización y su nivel cuantitativo y por ende, la protección de aquellos trabajadores que cesan en el trabajo y en el alta en un régimen de la Seguridad Social. Como la finalidad es la continuidad de la situación previa al cese en el trabajo, y el mantenimiento de las expectativas de derecho, se requiere un arraigo en la Seguridad Social y por tanto, se exige un periodo de cotización previa de 1.080 días, y que no exista una interrupción significativa entre la baja en la Seguridad Social y la suscripción del convenio especial por lo que no puede haber transcurrido más de un año entre una y otra situación. Esta vocación por mantener la continuidad es lo que propicia que se pueda optar por el promedio de las bases de cotización máximas si la cotización por dichas bases se produjo durante 24 meses en los últimos cinco años, o el promedio de las bases de cotización en los últimos 12 meses.

Por otra parte este convenio es incompatible con la realización de un trabajo que dé lugar a su inclusión en un régimen de la Seguridad Social española, salvo que la base del trabajo sea inferior a la de la suscripción del convenio, en cuyo caso el convenio se limitará a la diferencia de la base.

Las cotizaciones efectuadas en virtud del convenio servirán para calcular la base reguladora, para incrementar el porcentaje de la pensión nacional así como en caso de prorrateo, propiciar la totalización en la pensión española de los periodos en los que también se cotiza cotizados a otro sistema de Seguridad Social.

En cambio, el convenio especial de emigrantes al tener como finalidad propiciar la adquisición de una pensión en España y en su caso la mejora partiendo de una situación de desarraigo laboral en España, no exige periodo previo de cotización para su suscripción, tampoco tiene un plazo de caducidad por lo que se puede solicitar en cualquier momento y, dado que no se pretende mantener la continuidad de las cotizaciones anteriores al cese en el trabajo no existiendo una base de cotización de referencia, su base de cotización es la mínima vigente en cada momento.

Las cotizaciones del convenio especial servirán para calcular la base reguladora cubriéndose de esta forma las lagunas que se hubieran producido en otro caso, en segundo lugar servirá para fijar el porcentaje aplicable a la base reguladora, propiciar la totalización de las cotizaciones de otros Estados y determinar la prorrateo que corresponde a España.

Como vemos el convenio especial específico de emigrantes resulta ser un privilegio justificado en una política dirigida a favorecer el regreso a España de los trabajadores emigrantes.

## **5. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA A LA CUESTIÓN PLANTEADA**

### **5.1. Sobre la vinculación para el TJUE de los hechos y de la interpretación efectuada por el Tribunal a quo en la pregunta**

Ciertamente, el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial contemplaba una serie de inexactitudes, probablemente a consecuencia de no haber fijado en la providencia de audiencia previa a las partes, ni los hechos que luego se reflejaron en el auto ni los propósitos de la cuestión prejudicial. De este modo se omitía que el trabajador había estado prestando servicios en Suiza durante la vigencia del convenio, y se afirmaba que al trabajador emigrante se le había obligado a cotizar por la base mínima de cotización mientras que si hubiera sido un trabajador sedentario se le habría permitido cotizar por el promedio de las bases por las que había cotizado el trabajador en el último año.

La correcta formulación de la cuestión tiene gran trascendencia, pues para un trabajador sedentario que trabaja solo se permite la suscripción de un convenio especial cuando las bases de cotización del trabajo son inferiores a las del convenio, suspendiéndose o extinguiéndose en otro caso.

Por otra parte, como hemos dicho el actor, en cuestión pudo haber suscrito el convenio especial ordinario, al cesar en su trabajo en España, o incluso en Suiza tras lo

dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Orden de 30 de octubre de 1985 que permitía a los emigrantes la suscripción de dicho convenio en los siguientes seis meses.

Por último, si el trabajador no hubiera ejercido su derecho a la libre circulación y hubiera permanecido sedentario, tampoco podría haber suscrito un convenio especial ordinario en España una vez transcurridos catorce años desde el cese en la actividad laboral.

No obstante, que el auto de planteamiento recoja extremos erróneos no impide el pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre la cuestión planteada. En efecto, la sentencia recoge una extensa doctrina del Tribunal en relación con el reparto de competencias entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia en los procedimientos relativos al planteamiento de cuestiones prejudiciales en base a lo dispuesto en el artículo 267 TJUE.

De esta forma corresponde al Tribunal a quo, que conoce el litigio y asume la responsabilidad de la decisión jurisdiccional sobre el fondo, apreciar a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de plantear la cuestión prejudicial para dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia de manera que cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene la obligación de pronunciarse. En este sentido, el Tribunal de Justicia solo puede negar el pronunciamiento cuando resulte evidente que la interpretación solicitada del derecho comunitario no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema tiene naturaleza hipotética o cuando el Tribunal no dispone de los elementos de hecho o de derecho necesarios para responder de forma útil a las cuestiones planteadas.

Desde esta perspectiva, la determinación de los hechos corresponde al Tribunal a quo, y a ello debe estar el Tribunal de Justicia, cuestión que también debe extenderse a la interpretación del derecho interno, de manera que en el caso que nos ocupa vinculaban al Tribunal de Justicia los hechos reflejados en el auto aun cuando fueran inexactos y la interpretación de la norma en el sentido de que al actor se le había obligado a cotizar por bases mínimas circunstancia que no se habría propiciado de haber seguido el trabajador en España.

## **5.2. La cuestión de fondo. La incompatibilidad de la cotización por bases mínimas de los trabajadores emigrantes con el principio de libertad de circulación**

Pues bien, a la vista de la interpretación realizada en el auto, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que pese a que el trabajador migrante en cuestión trabajó antes de migrar a Suiza por bases superiores a la mínima, se le obligó al suscribir el convenio especial para emigrantes por las bases mínimas vigentes, circunstancia que no se predicaría de haber sido trabajador sedentario y haber realizado enteramente su carrera en España pues en este caso habría tenido la facultad de haber cotizado por bases superiores. De la interpretación realizada en el auto de remisión, el Tribunal colige que en consecuencia, al obligar a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial a satisfacer cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización, la normativa nacional en cuestión en el litigio principal, establece una diferencia que puede suponer para los trabajadores migrantes un trato desfavorable que el deparado a los trabajadores sedentarios que realicen toda su carrera profesional en el Estado miembro en cuestión.

Es más el Tribunal de Justicia sugiere que dicho Convenio puede resultar perjudicial para el trabajador pues de no haber cotizado por bases mínimas se habría aplicado la regla establecida en el Anexo XIG2 y por lo tanto las lagunas de cotización a consecuencia de la emigración se habrían integrado con las bases por las que el trabajador cotizó en España una vez revalorizadas, lo que supondría una mayor base reguladora, aunque el Tribunal se olvida que tendría un menor porcentaje aplicable a la base reguladora y una menor proporción en la prorrata.

De lo anteriormente indicado el Tribunal de Justicia concluye que una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que obliga al trabajador migrante que suscribe con la Seguridad Social del Estado miembro en cuestión, un convenio especial a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, incluso en el caso de que este, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, haya cotizado en ese Estado con arreglo a base de cotización superiores a la mínima, de forma que, al calcular el importe teórico de la pensión de jubilación de dicho trabajador, la institución competente del Estado miembro en cuestión equipara el periodo cubierto por este convenio a un periodo realizado en su territorio y toma en cuenta, a efectos de ese cálculo, únicamente las cuotas mínimas abonadas por el trabajador en aplicación de dicho convenio, puede suponer para tal trabajador un trato más desfavorable que el deparado a los trabajadores que realizaron toda su carrera profesional en el Estado miembro.

### **5.3. Las consecuencias prácticas. La necesidad de hacer una interpretación del derecho interno conforme al comunitario**

El Tribunal a quo planteaba una eventual solución al Tribunal de Justicia, al preguntarle si de conformidad con el Anexo XI.G2 del Reglamento 883/2004 resultaría un remedio adecuado tomar las últimas cotizaciones reales españolas, es decir, las realizadas con anterioridad en España antes de diciembre de 1983, debidamente actualizadas y considerar el periodo cotizado al amparo del convenio especial un paréntesis o periodo neutro.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia proponía una solución parecida a la dada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 21 de febrero de 2013 Asunto C-282/11 Salgado González en las que el Tribunal intimaba a reducir el periodo de cálculo de la base reguladora por los periodos no trabajados en España cuando la trabajadora había estado integrada en el RETA ante la alternativa de que las lagunas se integraran con cero euros.

De esta forma al actor se les consideraría para el cálculo de la base reguladora las bases efectuadas inicialmente en España y su proyección en los periodos vacantes de cotización en Suiza y no se computarían las cotizaciones correspondientes al convenio especial de emigrantes.

Pues bien, al Tribunal de Justicia no considera conveniente dicha solución intimando al Tribunal a quo a realizar una interpretación conforme del derecho interno con el comunitario, exponiendo las líneas generales que debería atender dicha interpretación.

El Tribunal de Justicia recuerda que en el derecho de la Unión, el principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales tomando en consideración la totalidad de su derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia para garantizar la plena efectividad del derecho de la unión y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido.

También se recuerda que el principio de interpretación conforme tiene determinados límites y por lo tanto, obliga al juez nacional a utilizar como referencia el contenido del derecho de la Unión Europea cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del derecho interno pero teniendo en cuenta los principios generales del derecho y no puede servir de base para una interpretación contra legem del derecho nacional. Ahora bien, cuando la interpretación no es posible, entonces el juez a quo debe aplicar íntegramente el derecho de la Unión y abstenerse de aplicar una norma contraria al derecho de la Unión.

Igualmente, la sentencia recuerda que cuando el derecho nacional prevé un trato diferenciado entre varios grupos de personas, infringiendo el derecho de la Unión, los miembros del grupo perjudicado deben recibir un mismo trato y ha de aplicárseles el mismo régimen que a los demás interesados, de manera que a falta de una correcta solución, el régimen jurídico aplicable a los trabajadores favorecidos sigue siendo el único sistema de referencia válido. Por tanto, en el caso que nos ocupa dado que a los trabajadores sedentarios se les permite cotizar con arreglo a bases superiores a la mínima la misma solución debería ofrecérseles a los trabajadores emigrantes.

De este modo el Tribunal de Justicia concluye que aunque al tribunal nacional corresponde cuales son en el derecho interno, los medios adecuados para conseguir la igualdad de trato entre los trabajadores inmigrantes y los trabajadores sedentarios, ofrece una eventual solución al considerar que el objetivo perseguido podría alcanzarse a priori, concediendo también a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial tal facultad y permitiéndoles cotizar retroactivamente con arreglo a base superiores a la base mínima de cotización, y, en consecuencia, reclamar sus derechos a una pensión de jubilación en función de estas nuevas bases.

## **6. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA.**

Recibida la sentencia del Tribunal de Justicia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia de 12 de julio de 2018 (JUR 2018/218452) concretando las indicaciones ofrecidas por el Tribunal europeo y así condenó a la entidad gestora en los siguientes términos:

En primer lugar deberá realizar el cálculo de la base reguladora máxima posible en el plazo de 30 días a contar desde la notificación de la presente Sentencia considerando, desde 1/1/1998 hasta 31/12/2013, teniendo en cuenta la última cotización real realizada por el trabajador correspondiente a un mes completo a la Seguridad Social de España, es decir la correspondiente a Junio de 1978, que asciende –realizando la conversión de pesetas a euros– a 133,59 euros, debidamente actualizada conforme al índice oficial de precios al consumo para todas esas mensualidades.

En segundo lugar en el mismo plazo de 30 días, establecerá cuál es la cuantía diferencial que, de 1/12/2007 a 31/12/2013, debería haber abonado el demandante si hubiera suscrito el convenio especial tomando en consideración esa base de cotización de 133,59 euros actualizada en los términos expuestos.

En tercer lugar la entidad gestora concederá al beneficiario un plazo de 30 días a contar desde la notificación de los anteriores cálculos, o en caso de ser impugnados en ejecución de sentencia, desde la firmeza de la resolución judicial en la cual se decida sobre esa impugnación, para que este decida si le interesa mantener la base reguladora de 639,26 euros que le ha reconocido la Entidad Gestora, sin hacer ninguna regularización, u optar por la que resulta del cálculo expresado en el anterior apartado primero anterior y realizando la regularización del anterior apartado segundo.

Por último posibilitará la regularización a que se refiere el anterior apartado tercero anterior distribuyendo la cantidad total a regularizar en cuantías iguales para cada mes mediante la reducción de la pensión que le corresponda percibir tomando en consideración la base reguladora a que se refiere el anterior apartado primero durante el periodo de 6 años y un mes, en cuanto que este es el periodo de tiempo que va de 1/12/2007 a 31/12/2013 y durante el cual el demandante, de habersele permitido en su tiempo como se le habría permitido a un trabajador sedentario, habría tenido que costear la diferencia a que se refiere el anterior apartado segundo.

## **7. COMENTARIO FINAL**

Ya he expuesto que a mi juicio, la cuestión prejudicial se plantea sobre bases y fundamentos erróneos, y que en modo alguno se produce la diferencia de trato, desde el punto y hora que al trabajador que se le extingue su trabajo en España nada le impide suscribir un convenio especial ordinario y desplazarse a trabajar al extranjero.

No obstante, y antes posibles situaciones en las que el trabajador emigrante que se encontrara en el extranjero en los mismos casos en los que se permite al trabajador sedentario solicitar el convenio especial ordinario se debería modificar el artículo 15.2 de la Orden 12865/2003. Dicha modificación, a mi juicio, debería permitir a los trabajadores emigrantes que suscriban este convenio específico optar por una base de cotización intermedia entre el promedio de las bases de cotización en los doce últimos meses cotizados, y en el caso de que solo acreditara un periodo inferior al promedio de dicho periodo, y la base mínima de cotización correspondiente a la categoría que entonces mantenía.