

Efectos en el recargo de prestaciones por accidente de trabajo de la reforma legal de la cuantía de la pensión de viudedad operada con posterioridad.

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: *Recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social. Una reforma posterior al accidente de trabajo aumentó el porcentaje de la base reguladora de las pensiones de viudedad al 52%. Debe revisarse el recargo establecido con anterioridad. Votos particulares.*

Palabras clave: *Recargo de prestaciones. Pensión de viudedad. Revalorización legal del porcentaje. Perspectiva de género.*

Abstract: *Surcharge on Social Security cash benefits. A post-accident reform increased the percentage of the regulatory base for widow's and widower's pensions to 52%. The previously established surcharge should be reviewed. Individual votes.*

Keywords: *Surcharge on Social Security cash benefits. Widow's and widower's pensions- Legal revaluation of the percentage, gender perspective.*

I. Introducción

El presente recurso de casación para la unificación de doctrina tiene por objeto resolver la cuestión de si el aumento de la cuantía de las pensiones de viudedad como consecuencia de una reforma legislativa conlleva que los recargos de las pensiones reconocidos con anterioridad a esa reforma deben incrementarse también.

La trascendencia y características del asunto planteado es tal que se acordó su debate en el Pleno, el cual concluyó sin alcanzarse la unanimidad de sus seis Magistrados. Por el contrario, dos de ellos, los Excmos. Sres. D. Antonio V. Sempere Navarro y D. Ángel Blasco Pellicer, formularon sendos votos particulares, cuidadosamente fundamentados, que merecen un detenido análisis.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: STS-SOC núm. 114/2024, de 25 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUUD núm. 3521/2020.

ECLI:ES:TS:2024:659.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

Votos Particulares: Cuenta con dos votos particulares formulados por los Excmos. Srs. D. Antonio V. Sempere Navarro y D. Ángel Blasco Pellicer.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

El litigio tiene por objeto determinar si una reforma legal que aumentó el porcentaje de la base reguladora de las pensiones de viudedad al 52% conlleva que deba revisarse el importe del recargo de prestaciones de la Seguridad Social derivado de un accidente de trabajo ocurrido antes de la reforma.

2. Hechos y Antecedentes

Las circunstancias más relevantes del caso son las siguientes:

- Un trabajador falleció en un accidente de trabajo el 31 de agosto de 1995.
- El INSS reconoció a su viuda una pensión de viudedad con efectos del 1 de septiembre de 1995 y con una cuantía del 45% de la base reguladora.
- El INSS dictó resolución el 22 de octubre de 2002 declarando la inexistencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad y salud laboral por el accidente de trabajo sufrido por el marido de la demandante, que fue impugnada judicialmente por la actora.
- El 9 de mayo de 2003 el Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo dictó sentencia imponiendo a la empresa Hulleras del Norte, SA (en adelante HUNOSA) un recargo del 50% de la pensión de viudedad.
- El 23 de diciembre de 2003 se aprobó el Real Decreto 1795/2003, de 26 de diciembre, que incrementó el porcentaje de la base reguladora al 52%, el cual se aplicó de oficio, con efectos de la entrada en vigor de la reforma legislativa, 1 de enero de 2004.
- El 10 de diciembre de 2018 la demandante solicitó que el recargo de prestaciones se abonase sobre el 52% de la base reguladora en vez de sobre el 45%, y que le fuera abonada la diferencia del 7% en el porcentaje de la base reguladora como consecuencia de la revalorización.
- Tanto en la instancia como en suplicación se reconoció el derecho de la actora al incremento solicitado.
- La empresa interpuso un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que denuncia infracción del artículo 164 LGSS de 2015, en relación con el RD 1795/2003.

3. Sentencias recaídas en el procedimiento

- La sentencia de instancia es la dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón de 26 de julio de 2019, estimando la demanda interpuesta por la actora frente a la resolución del INSS. En ella se declaró la procedencia del recargo de prestaciones en el porcentaje del 50% que fue reconocido judicialmente en su día, sobre la pensión de viudedad que percibe calculada al 52% de la base reguladora, con efectos económicos de 10 de septiembre de 2018, más las mejoras y revalorizaciones legales.
- La sentencia recurrida es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, de 30 de junio de 2020, resolviendo sendos recursos de suplicación formulados por la empresa y por la Entidad Gestora y la TGSS; en ella se desestiman dichos recursos y se confirma íntegramente la sentencia de instancia.
- La sentencia invocada por la empresa como de contraste es la dictada por el TSJ de la Comunidad Valenciana 3551/2009, de 1 de diciembre (recurso

949/2009). La sentencia referencial declara que el recargo prestacional debe abonarse sobre la cuantía de la pensión correspondiente a la fecha de efectos, y niega que deba calcularse conforme al porcentaje resultante de la reforma legal operada por RD 1795/2003, que lo elevó al 52% con efectos de 1 de enero de 2024.

Resulta evidente que los fallos de ambas sentencias son contradictorios: la sentencia recurrida considera que sí debe calcularse el recargo con arreglo al nuevo porcentaje, mientras que la referencial resuelve que el recargo debe calcularse con arreglo al porcentaje que correspondía a la pensión en su día reconocida.

IV. Posición de las partes

La parte recurrente del presente recurso de casación para la unificación de doctrina es la empresa HUNOSA, que sostiene que el recargo prestacional no debe abonarse sobre las revalorizaciones legales que sufra la pensión porque sería incompatible con su naturaleza.

La parte recurrida- el INSS- presentó escrito de impugnación del recurso en el que se opone a la revalorización del recargo prestacional, y, en cualquier caso, que de ser viable, no debe correr a su cargo, por considerar que no le pueden afectar las modificaciones legales operadas con posterioridad a su reconocimiento inicial. Además, considera prescrita la petición, al haber superado la actora el plazo de cinco años previsto en el art. 53.1 LGSS desde la modificación legal del porcentaje de la pensión de viudedad (entrada en vigor el 1 de enero de 2004) hasta la fecha de la solicitud (10 de diciembre de 2018).

El Ministerio Fiscal informó a favor de la estimación del recurso, al apreciar la concurrencia del requisito de contradicción exigido entre la sentencia recurrida y la de contraste.

V. Normativa aplicable al caso

La principal norma considerada infringida por la parte recurrente en casación para la unificación de doctrina es el artículo 164 LGSS de 2015, que regula el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud laboral.

Bajo el rótulo “Recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, el artículo 164 LGSS establece lo siguiente:

“1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o trasmitirla.

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.”

VI. Doctrina básica

La sentencia comentada hace referencia a su propia doctrina sobre el principio de unicidad del daño y del accidente (FJ 2, apartado 2 *in fine* y FJ 4) y a la interpretación con perspectiva de género de la norma aplicable (FJ 3, apartado 5).

- El principio de unicidad del daño y del accidente ha sido aplicado por el TS para fijar el día inicial del plazo de prescripción del recargo prestacional para proporcionar seguridad jurídica. Se entiende que el recargo complementa una prestación de la Seguridad Social causada por contingencias profesionales, pero tiene sustantividad propia respecto de la prestación, lo que afecta a la prescripción, que opera de forma independiente de la pensión que complementa [STS 9 de febrero de 2006, recurso 4100/2004; STS 19 de julio 2013, recurso 2730/12; de 12 de noviembre de 2013, recurso 3117/12; STS del Pleno de la Sala de lo Social de 18 de diciembre de 2015, recurso 2720/201, y STS 753/2016, de 20 de septiembre, recurso 3346/2015].

Según esta doctrina, las consecuencias de un solo hecho- el accidente de trabajo- se proyectan en una sola decisión sancionadora, por lo que no puede resolverse el recargo a medida que se van reconociendo diferentes consecuencias dañosas para el afectado.

- De otro lado, como se argumenta en la sentencia glosada, la perspectiva de género en la interpretación de las normas jurídicas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 15 de la Ley Orgánica 3/2003 y artículos 4.4 y 7 de la Ley 15/2022, ha sido aplicada por la propia Sala IV del TS, desde la STS de la Sala de lo Social (Pleno) de 21 de diciembre de 2009, recurso 201/2009 y en otras numerosas sentencias posteriores (entre las que citan las STS 908/2020, de 14 de octubre, recurso 2753/2018; 645/2021, de 23 de junio, recurso 161/2019 y 747/2022, de 20 de septiembre, recurso 3353/2019) para evitar que se perpetúen las situaciones discriminatorias por razón de sexo.

VII. Parte dispositiva

Por todo lo expuesto (...), esta Sala ha decidido:

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Hulleras del Norte, SA, confirmando la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias 1007/2020, de 30 de junio (recurso 84/2020). Sin condena al pago de costas.

VIII. Pasajes decisivos

TERCERO.- 1.- El recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social es una institución compleja que contiene elementos sancionatorios, indemnizatorios y prestacionales. (...)

2. [...]

Debemos precisar que el recargo complementa una prestación de la Seguridad Social pero tiene sustantividad propia respecto de la prestación, lo que afecta a la prescripción del recargo prestacional, que opera de forma independiente de la prescripción de la pensión que complementa [doctrina de la unicidad del daño y del accidente: (...)]

[...]

Por consiguiente, la responsabilidad empresarial por el recargo puede desarrollarse en diferentes momentos a lo largo de un prolongado lapso temporal.

5. [...]

Las reformas legislativas que revisan al alza la cuantía de las pensiones de la Seguridad Social normalmente no afectan a las pensiones devengadas antes de su entrada en vigor, por lo que no afectan a los recargos prestacionales derivados de accidentes de trabajo producidos con anterioridad a la reforma legal. En cambio, en el caso de la pensión de viudedad, ese aumento del porcentaje de la base reguladora de la pensión sí que afectó a las pensiones reconocidas con anterioridad a la reforma legislativa.

[...]

La interpretación con perspectiva de género del art. 123 de la LGSS de 1994 (art. 164 de la vigente LGSS de 2015) obliga a interpretar ese precepto en el sentido de que el recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social debe incrementarse cuando una reforma legal aumenta la cuantía de la pensión de viudedad.

CUARTO. (...)

Seguimos aplicando el principio de unicidad del daño y del accidente para determinar si el recargo de prestaciones ha prescrito. Pero si el recargo no ha prescrito porque se instó dentro de plazo, el posterior aumento de la cuantía de la pensión de viudedad debido a la aprobación de una reforma legislativa conlleva el correlativo incremento de la cuantía del recargo.

IX. Comentario

- La decisión mayoritaria favorable a la revisión del recargo prestacional

La sentencia glosada comienza recordando que el recargo de prestaciones es una institución compleja que tiene elementos sancionatorios, indemnizatorios y prestacionales (FJ 3), por lo que considera importante distinguir sus finalidades-sancionadora e indemnizatoria- de la forma en que se instrumentaliza para cumplir dichas finalidades.

En primer lugar, tiene una finalidad sancionatoria-preventiva toda vez que pretende sancionar conductas antijurídicas vulneradoras de la deuda de seguridad del empresario para evitar en el futuro que ese u otro empleador incumplan la deuda. De ahí que el porcentaje del recargo se fije en función de “la gravedad de la falta” y no del daño causado (art. 164.1 LGSS). La autoridad laboral puede imponer el recargo de oficio, lo que es ajeno a la responsabilidad civil. Además, es compatible con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados.

Por lo que respecta a su finalidad indemnizatoria, el recargo posibilita que el trabajador accidentado cuando ha habido incumplimiento empresarial de su obligación de seguridad perciba una prestación de la Seguridad Social con una cuantía superior de la que hubiera cobrado si no se hubiera vulnerado dicha deuda de Seguridad

Ahora bien, para cumplir tales fines el recargo opera en forma prestacional, ya que su gestión (reconocimiento, caracteres y cuantía) se articula de modo prestacional.

En relación con esta segunda dimensión, la Sala IV realiza una serie de precisiones que derivan de diversos pronunciamientos previos de la propia Sala. Así, señala que si bien el recargo complementa una prestación de la Seguridad Social tiene sustantividad propia, lo que afecta a la prescripción del recargo prestacional que opera de forma independiente de la pensión que complementa [doctrina de la unidad del daño y del accidente: SSTS de 9-2-2006, recurso 4100/2004 y del Pleno de la sala de lo Social de 18-12-2015, recurso 2720/2024)]. Por ello, aunque las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción del auxilio por defunción, sean imprescriptibles en virtud del artículo 230 LGSS, puede suceder que el recargo haya prescrito.

De otro lado, el TS ha declarado que la subrogación en el pago de las prestaciones de la Seguridad Social es aplicable al recargo prestacional (STS Sala IV, Pleno, de 23 de marzo de 2015, recurso 2057/2014), por lo que, en los casos de sucesión empresarial, la empresa subrogada es responsable de los recargos prestacionales derivados de los accidentes de trabajo ocurridos antes de la sucesión.

Continúa afirmando que tanto para el empresario infractor como para el que adquiera la empresa con posterioridad, la responsabilidad empresarial por el recargo puede desarrollarse en diferentes momentos a lo largo de un prolongado lapso temporal, como sucede cuando las dolencias del trabajador causadas por el accidente van evolucionando de forma progresiva dando lugar a sucesivas prestaciones a

medida que se agrava su situación, y que afectará a la responsabilidad derivada del recargo de prestaciones. Así, por ejemplo, si se produce un accidente de trabajo por incumplimiento de las medidas de seguridad y el trabajador es inicialmente beneficiario de una prestación de incapacidad temporal, el recargo se aplicará al importe de dicha prestación. Pero si se le reconoce más adelante una pensión de incapacidad permanente total, el recargo se aplicará sobre el importe de dicha pensión. Si las secuelas se agravan y se le reconoce una pensión de incapacidad permanente absoluta, el recargo se calculará sobre la base de la nueva pensión, y si finalmente el trabajador fallece, el recargo se trasladará a su cónyuge viudo o pareja de hecho.

Por lo tanto, en función de cuál es la dolencia que sufre el trabajador como consecuencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional, tanto la empresa infractora como la adquirente, pueden prever la posible evolución progresiva de las secuelas y ser conscientes de que tal evolución afectará a su responsabilidad futura derivada del recargo de prestaciones.

Sin embargo, dicha situación es distinta a la que se produce cuando el incremento en la cuantía de las prestaciones reconocidas como consecuencia del accidente y sobre las que se calcula el recargo, tiene lugar en virtud de una reforma legislativa que los empresarios responsables del recargo no pudieron prever, ya que tal imprevisibilidad es un factor de inseguridad jurídica.

De hecho, como señala la Sala, las reformas legislativas que revisan al alza la cuantía de las pensiones de la Seguridad Social normalmente no afectan a las pensiones devengadas antes de su entrada en vigor, por lo que no afectan a los recargos prestacionales derivados de accidentes producidos antes de su entrada en vigor.

Ahora bien, en el caso de la pensión de viudedad, ese aumento del porcentaje de la base reguladora operado en virtud de la reforma legislativa sí que afectó a las pensiones reconocidas con anterioridad a la modificación legal.

Para el Alto Tribunal, el incremento normativo del porcentaje de la pensión de viudedad, mayoritariamente percibida por mujeres, tenía por finalidad evitar la discriminación por razón de sexo. En consecuencia, la interpretación por razón de género obliga a interpretar el artículo 164 LGSS en el sentido de que el recargo prestacional debe incrementarse cuando una reforma legal posterior aumenta la cuantía de la pensión de viudedad.

Por último, la Sala revisa la doctrina de la unicidad del daño y del accidente en relación con la prescripción del derecho al recargo y analiza si en el presente caso se ha producido la prescripción del recargo.

Pese a ser una cuestión de enorme trascendencia, no se pronuncia sobre las fechas de los distintos acontecimientos ni en la separación cronológica entre el momento en que sucede el accidente laboral del que trae causa el recargo (mitad de 1995), la condena al recargo a la empresa en virtud de sentencia de 9 de mayo de 2003, la modificación de la cuantía de las pensiones de viudedad (diciembre de 2003) y la solicitud de que se revise el importe del recargo (finales de 2018). Simplemente, la Sala argumenta que en la presente litis, un Juzgado de lo Social reconoció el derecho al recargo y que “no ha habido conducta pasiva de la Entidad Gestora ni de la beneficiaria de la pensión que determine la prescripción extintiva del derecho”.

Para la Sala IV, cuando se produjo el hecho causante la cuantía de la pensión de viudedad era excesivamente reducida, lo que daba lugar a una discriminación indirecta por razón de sexo, que el legislador trató de corregir aumentando la cuantía y aplicando dicho incremento a las pensiones devengadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma legal. Por lo tanto, dicho aumento obliga a recalcular el porcentaje del recargo prestacional de conformidad con la nueva cuantía de la pensión de viudedad de la actora porque el recargo no había prescrito.

En definitiva, concluye desestimando el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa, conformando la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias 1007/2020, de 30 de junio (recurso 84/2020).

- Los votos particulares de la sentencia

Como se ha señalado, la sentencia de 25 de enero de 2024 (rcud. 3521/2020) cuenta con dos votos particulares, en gran parte coincidentes entre sí, y que discrepan de la tesis mayoritaria de la Sala.

A) En cuanto al Voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. Ángel Blasco Pellicer, el mismo se asienta en la indiscutible naturaleza sancionadora del recargo de prestaciones desde la perspectiva del sujeto obligado a su satisfacción, compatible con el papel que juega como indemnización punitiva que el Estado impone a favor de un tercero perjudicado.

Para este Magistrado, las dos perspectivas nos sitúan en el ámbito del derecho sancionador, como el propio Tribunal Supremo ha sostenido con sólidos argumentos puestos de relieve en la STS- Pleno- de 20 de octubre de 2000, Rcu. 2393/1999 y seguidos en numerosas sentencias posteriores. En consecuencia, resultan aplicables al recargo prestacional los principios y derechos constitucionales que rigen el derecho sancionador del Estado recogidos especialmente en los artículos 9, 10 y 25 CE, tales como el principio de legalidad, el de tipicidad de la infracción y sanción, el de culpabilidad, el principio “*ne bis in idem*”, el de proporcionalidad entre conducta infractora y sanción, y la interdicción de aplicación retroactiva de normas que impliquen incremento de sanciones firmes.

Por ello, considera que la doctrina correcta estaba en la sentencia de contraste, lo que debió implicar la estimación del recurso, la casación de la sentencia recurrida con la consiguiente desestimación de la demanda y la absolución de la empresa recurrente.

B) El otro Voto particular es formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro, que pese a aceptar los Antecedentes, la regulación aplicable y la jurisprudencia concordante, discrepa en la solución alcanzada.

Desde su punto de vista, “el carácter prestacional del recargo conduce a que el porcentaje acordado incremente la pensión correspondiente en cada momento, incluyendo la derivada de innovaciones normativas”. Sin embargo, su carácter sancionador y las garantías constitucionales “impiden que la empresa vea revisada, años después, la cuantía que debió depositar para financiar el abono del recargo”.

Por lo tanto, la conjugación de las múltiples perspectivas que confluyen en el caso debería llevar a mantener el derecho de la viuda a que el recargo (del 50%) se calcule sobre el importe de su pensión de viudedad tal y como ha quedado configurada tras la reforma normativa, pero debe ser el sistema de la Seguridad Social el que allegue en su caso con recursos adicionales necesarios para financiar ese aumento y no la empresa, que ya cumplió con su obligación de depositar el capital coste exigido en su momento.

En definitiva, este Magistrado preconiza en su voto particular una solución específica al problema planteado, que no coincide absolutamente con ninguna de las tesis de las sentencias confrontadas, ya que, como recuerda, el Tribunal Constitucional ha declarado que “el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores”, siempre que resuelva “el debate planteado en suplicación” (STC 172/1994, de 7 de junio, FJ 3).

Al no haberse acogido por la Sala su postura intermedia, favorable a que la viuda percibiera el recargo calculado conforme al 52 % de la base reguladora, pero sin que ese incremento fruto de un cambio normativo, deba ser asumido por la empresa. Los motivos de su discrepancia doctrinal quedan expuestos con una clara sistemática.

En primer lugar, señala que la irretroactividad de las disposiciones desfavorables (para el empleador) y la seguridad jurídica, entre otros principios del artículo 9 CE se oponen a que la empresa “que cumpla con el deber-castigo de capitalizar el recargo” tenga que soportar años después un aumento de su obligación.

En segundo lugar, considera que no debe asimilarse el presente supuesto en el que se producen mejoras de opciones normativas con los de agravación de las dolencias padecidas, por lo que “las circunstancias exógenas a la relación laboral” en la que se produce la infracción que desencadena el accidente y la imposición del recargo, “no pueden afectar retroactivamente al alcance de la indemnización-sancionadora por las expuestas exigencias”.

En tercer lugar, estima que la perspectiva de género carece de relevancia en este litigio. En cualquier caso, argumenta que “la interpretación con tal perspectiva debe atender a la protección de la viuda, no a la revisión del deber empresarial si con ello aparecen vulnerados otros derechos fundamentales (del empleador) o desnaturalizada la esencia de la capitalización.

Por último, sostiene que la propia doctrina sobre la unicidad del daño invocada por la Sala colisiona con la solución acogida, ya que aquella supone que “la decisión sancionadora es única y que no es razonable resolver acerca del recargo a medida que se van reconociendo diferentes consecuencias dañosas”. Ello porque considera inaceptable que “una consecuencia desfavorable (se identifique o no como una sanción formal) queda de este modo, trocada en una obligación de tracto sucesivo si los poderes normativos lo deciden en el futuro”.

X. Apunte final

La falta de unanimidad en la solución alcanzada genera cierta sensación de provisionalidad en el pronunciamiento.

En efecto, de los seis Magistrados que integran la Sala IV en el Pleno, cuatro consideran que, salvo que haya prescrito, el recargo debe actualizarse ante cualquier incremento del importe de la pensión que complementa, no sólo en el supuesto de que el aumento venga de una previsible evolución de las dolencias que dé lugar a nuevas prestaciones, sino también en el de incremento acaecido por una reforma normativa posterior al reconocimiento de la pensión y al de la imposición del recargo a la empresa.

La sentencia cuenta con dos votos particulares muy bien fundamentados. Ambos Magistrados coinciden en que el incremento de la pensión a la que complementa el recargo por una modificación legal no debe afectar a la empresa. La diferencia básica entre ambos votos discrepantes es que el Magistrado Excmo. Sr. Blasco Pellicer, basándose en el carácter eminentemente sancionador del recargo, rechaza de plano cualquier incremento futuro en perjuicio del empresario, por lo que considera que la solución correcta habría sido la de la sentencia referencial, con la consiguiente desestimación de la demanda y la absolución de la empresa recurrente. En cambio, el Magistrado Excmo. Sr. Sempere Navarro trata de conciliar ambas finalidades del recargo- prestacional y sancionador-punitivo, proponiendo una solución propia, que no coincide exactamente con las tesis de la sentencia recurrida ni con la de contraste. A su juicio, lo correcto es que la viuda percibiera el recargo calculado conforme al 52 % de la base reguladora, pero sin que ese incremento fruto de un cambio normativo, deba ser asumido por la empresa, sino que debe recaer en la Entidad Gestora.

En definitiva, sería deseable una intervención del legislador que actualice la redacción del precepto cuestionado y clarifique su naturaleza y la suerte del recargo en las diferentes situaciones que pueden plantearse en la práctica (sucesión empresarial, evolución de las dolencias, cambios normativos, etc.).