

BASES LEGALES PARA EL PROCEDIMIENTO DE AJUSTE DE PENSIONES DE ORFANDAD OTORGADAS O PAGADAS EN DEMASÍA POR EL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL

*Por el Dr. Octavio A. HERNANDEZ,
Profesor de la Facultad de Derecho.*

I. Elementos.—II. Problema.—III. Estudio y Consideración.—IV. Conclusiones.

Con el propósito de que el desarrollo de este trabajo sea lo más ordenado y, al mismo tiempo, lo más resumido que sea dable, señalaré primeramente los elementos legales positivos que sirven para plantear el problema a que da lugar el procedimiento de ajuste de pensiones de orfandad otorgadas o pagadas en demasía por el Instituto Mexicano del Seguro Social; plantearé, en segundo lugar, dicho problema, y en tercer término analizaré el problema propuesto y haré sobre él las consideraciones del caso, para finalizar sentando conclusiones derivadas de dicho estudio.

I. Elementos

Sirven de elementos legales positivos para plantear el problema a cuya solución tiende este trabajo, los artículos 14, 37, fracción VII, inciso c), 39, 75, segundo párrafo, 79, 81, 82, 83, 84 y 89 de la Ley del Seguro Social, preceptos que para mayor comodidad y claridad, transcribo en sus partes relativas:

Artículo 14.—“El derecho para reclamar el otorgamiento de una pensión, prescribe en cinco años. El derecho para cobrar . . . las pensiones ya otorgadas, prescribirá al año.”

Artículo 37.—“En caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, el asegurado tendrá derecho a las siguientes prestaciones . . .

VII.—Cuando el accidente o enfermedad traiga como consecuencia la muerte del asegurado, se otorgarán las siguientes prestaciones . . .

c) A cada uno de los huérfanos que lo sean de padre o madre, menores de 16 años o mayores de esta edad, que se encuentren totalmente incapacitados, se les otorgará una pensión equivalente al veinte por ciento de la que hubiera correspondido al asegurado tratándose de incapacidad total permanente. En los casos de huérfanos menores de 16 años, el derecho a esta pensión se extinguirá cuando el beneficiario cumpla la edad antes mencionada o al desaparecer su incapacidad, pudiendo, sin embargo, prolongarse el disfrute del derecho hasta una edad máxima de 25 años cuando se reúnan las condiciones siguientes:

1.—Que el hijo no pueda mantenerse por su propio trabajo, a causa de enfermedad duradera, defecto físico o psíquico, o

2.—Que el hijo se encuentre estudiando en establecimientos públicos o autorizados por el Estado, tomando en consideración las condiciones económicas, familiares y personales del beneficiario, siempre que no esté sujeto a la obligación de asegurarse.”

Artículo 39.—“El total de las pensiones atribuidas a las personas antes señaladas, no excederá de la que correspondería al asegurado si éste hubiere sufrido incapacidad total permanente; en caso de exceso, se reducirá proporcionalmente cada una de las pensiones. Cuando se extinguiere el derecho de alguno de los pensionados, se hará nueva distribución de las pensiones que queden vigentes entre los restantes, sin que se rebasen ni las cuotas parciales ni el monto total de dichas pensiones.”

Artículo 67.—“Tendrá derecho a la pensión de invalidez el asegurado que haya justificado el pago al Instituto de un mínimo de ciento cincuenta cotizaciones semanales en el régimen del seguro obligatorio y sea declarado inválido.”

Artículo 71.—“Tendrá derecho a recibir la pensión de vejez, sin necesidad de probar invalidez para el trabajo, el asegurado que habiendo cumplido sesenta y cinco años de edad, justifique el pago al Instituto de un mínimo de quinientas cotizaciones semanales.”

Artículo 72.—“El asegurado que habiendo cumplido sesenta años de edad quede privado de trabajos remunerados, tiene derecho, sin

necesidad de probar que sufre invalidez, a recibir la pensión de vejez con la tarifa reducida que señale el Reglamento respectivo. Para gozar de este derecho, el asegurado deberá justificar el pago al Instituto, de quinientas cotizaciones semanales.

Tiene derecho a recibir la pensión de vejez el asegurado que justificando el pago al Instituto de quinientas cotizaciones semanales, haya alcanzado la edad de sesenta años como mínimo, en caso de que no esté recibiendo una renta de invalidez y no gane más de la mitad de la remuneración habitual que en la misma región reciba un trabajador sano, de su mismo sexo, semejante capacidad, igual categoría y formación profesional análoga."

Artículo 75.—"... La pensión de invalidez o de vejez, será aumentada en un diez por ciento por cada hijo menor de 16 años, no debiendo exceder el total de la pensión del ochenta y cinco por ciento del salario promedio que sirvió de base para fijarla. Cuando los hijos lleguen a la edad de 16 años, se hará la disminución correspondiente en la misma proporción en que se hubiere hecho el aumento."

Artículo 79.—"La viudedad será igual al 40% de la pensión de invalidez, de vejez o de cesantía que el asegurado fallecido disfrutaba, o de la que le hubiere correspondido suponiendo realizado el estado de invalidez.

Artículo 81.—"Tendrá derecho a recibir la pensión de orfandad cada uno de los hijos menores de 16 años, cuando muera el padre o la madre asegurados, si éstos disfrutaban de pensión de invalidez, de vejez o de cesantía, o al fallecer hubieren justificado el pago al Instituto de un mínimo de ciento cincuenta cotizaciones semanales. El Instituto puede prorrogar la pensión de orfandad, después de alcanzar el huérfano la edad de 16 años y hasta por una edad no mayor de 25 años: ... (disposición igual a la del inciso c) de la fracción VII del artículo 37)."

Artículo 82.—"La pensión al huérfano de padre o madre será igual al 20% de la pensión de invalidez, de vejez o de cesantía que el asegurado estuviere gozando al fallecer, o de la que hubiere correspondido realizando el estado de invalidez."

Artículo 83.—"Al huérfano de padre y madre se le otorgará una pensión igual al 30% de la invalidez, de la vejez o de cesantía que disfrutaba el asegurado fallecido, o de la que hubiere correspondido suponiendo realizado el estado de invalidez."

Artículo 84.—"El total de las pensiones atribuidas a la viuda, o a la concubina, y a los huérfanos de un asegurado fallecido, no

deberá exceder del monto de invalidez, de vejez o cesantía que disfrutaba el asegurado, o de la que le hubiere correspondido suponiendo realizado el estado de invalidez. En caso de que ese total excediere, se reducirá proporcionalmente cada una de las pensiones.”

Artículo 89.—“... El goce de la pensión de orfandad comenzará desde el día del fallecimiento del asegurado y cesará con la muerte del beneficiario o cuando éste haya alcanzado los dieciséis años de edad, o una edad mayor, de acuerdo con las disposiciones del artículo 81...”

II. Problema

El día en que muere el asegurado que disfrutaba alguna de las pensiones a que se refieren los artículos 37, 67, 71 y 72 de la Ley del Seguro Social, nace, de acuerdo con lo que dispone el artículo 89 de la propia Ley, el derecho de goce de la pensión de orfandad a que se refieren los artículos 37, fracción VII, inciso c), y 81, 82 y 83 de la Ley del Seguro Social.

Tan pronto como muere el trabajador asegurado, acreedor de alguna de las pensiones indicadas, y sus huérfanos presentan al Instituto petición para que éste les otorgue la pensión de orfandad a que tienen derecho, el Instituto procederá, si el asegurado muerto gozaba de pensión por accidente de trabajo o por enfermedad profesional, en caso de incapacidad total permanente, a otorgar el 20% de dicha pensión (pensión base) a cada uno de los huérfanos (art. 37, fr. VII, inc. c).

Si el trabajador fallecido gozaba de pensión de invalidez, de vejez o de cesantía, el Instituto procederá a otorgar a los huérfanos de aquél, la pensión de orfandad que determina el artículo 81, pero, previamente, aumentará la pensión de que disfrutaba el trabajador fallecido, en un 10% por cada uno de los hijos que reclamen pensión de orfandad (art. 75), obteniendo, así, la pensión base correspondiente.

En ambos casos, tanto si el trabajador que murió disfrutaba de pensión de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, en caso de incapacidad total permanente, o de pensión de invalidez, vejez o cesantía, el total de la pensión que se otorgue a los huérfanos, será igual al 20% de la pensión que disfrutaba el trabajador (art. 37, fr. VII, inc. c) y 82). En las dos hipótesis, el monto total de las pensiones de orfandad que otorgue el Instituto no podrá exceder a la que correspondería al asegurado si éste hubiere sufrido incapacidad total permanente (art. 39), o del monto de la pensión de invalidez, de vejez o de cesantía

que disfrutaba el asegurado o de la que le hubiere correspondido suponiendo realizado el estado de invalidez (art. 84). Por último, también en los dos casos citados, si el total a que me refiero, excediere de las pensiones aludidas, las pensiones de orfandad que integran dicho total se reducirán proporcionalmente (arts. 39 y 84).

Atento a lo expuesto, si el número de huérfanos que se presentan a reclamar otorgamiento de pensión de orfandad no excede de cinco, el otorgamiento de dichas pensiones no presenta problema, puesto que el Instituto se concretará, previos los cálculos en el caso de la pensión a que se refiere el artículo 81, a otorgar 20% de la pensión base, a cada uno de los huérfanos. Como éstos no exceden de cinco, el total de las pensiones que por tal concepto otorgue el Instituto, tampoco excederá, lógica y aritméticamente, del 100% de la pensión a que tenía derecho el trabajador fallecido.

Tampoco se presenta problema si el número de huérfanos que reclaman se les otorgue pensión de orfandad excede de cinco, siempre que ellos reclamen simultáneamente sus pensiones. En este caso, como en el anterior, el Instituto, después de realizar los cálculos necesarios, fija el monto de la pensión base y divide ésta entre el número de huérfanos que reclaman pensión.

Surge problema, en cambio, cuando el número total de huérfanos es superior a cinco y la petición de otorgamiento de pensiones de orfandad es hecha en dos o más etapas sucesivas, por quienes tienen derecho a ellas. En la hipótesis, el Instituto, después de fijar, mediante el cálculo relativo, la pensión base, otorga a cada uno de los huérfanos que reclamaron pensión, y en tanto que los peticionarios no excedan de cinco, 20% de la pensión base que señalan los artículos 37, fracción VII, inciso c), y 82. Tan pronto como se presentan los huérfanos a quienes, en el orden de su presentación a reclamar otorgamiento de pensión, corresponde un número ordinal superior a cinco, la situación cambia, puesto que el monto total de las pensiones de orfandad que el Instituto debe conceder excederá de lo que monte el 100% de la pensión base, que fijan como límites los artículos 39 y 84. En tal virtud, el Instituto tendrá que reducir la cuantía de las pensiones concedidas a cada uno de los cinco primeros huérfanos (aun cuando ya están en vías de pago), en la proporción en la que el total de dichas pensiones exceda del 100% del monto de la pensión base, debido al otorgamiento de pensiones de orfandad a quienes las reclamaron en sexto y posteriores lugares.

El ejemplo que sigue, aclara debidamente lo antes dicho:

1º Pensión a la que se supone tiene derecho el asegurado que fallece: \$1,000.00.

2º. En la hipótesis de que la pensión dada fuera de invalidez, vejez o cesantía, a esta pensión se agrega, de acuerdo con lo que ordena el artículo 75, un 10% por cada uno de los hijos menores de 16 años, o mayores de esta edad, pero menores de 25 (art. 81). Por ello, si se supone que en un principio se presentan cinco hijos a cobrar su pensión de orfandad, la pensión base para otorgar ésta, ascenderá a \$1,500.00.

3º De acuerdo con el artículo 82, a cada uno de estos hijos corresponderá 20% de la pensión del asegurado agregada con un 10% por cada uno de ellos. En el ejemplo, el 20% de \$1,500.00 que corresponde a cada uno de los hijos es de \$300.00.

4º Si suponemos que, con posterioridad, se presentan a reclamar otorgamiento de pensión de orfandad otros dos hijos legalmente favorecidos, la pensión inicial de \$1,000.00 habrá que aumentarla en 20% más (10% por cada hijo), que sumado al 50% antes agregado, da 70% adicional, por lo que la pensión base ascenderá a \$1,700.00.

5º Como de acuerdo con el artículo 84 (y, en su caso, también el 39), el total de las pensiones que se otorguen a los huérfanos no podrá exceder del de la que correspondería al asegurado fallecido, una vez hechos los aumentos de los porcentajes a que se refiere el artículo 75, preciso será en el caso puesto como ejemplo, disminuir el porcentaje de la pensión correspondiente a cada uno de los huérfanos. Este porcentaje se obtiene determinando el máximo que, de acuerdo con el artículo 84, puede corresponder a cada huérfano, dividiendo, para ello, el monto de la pensión base entre el número de huérfanos ($\$1,700.00 \div 7$); máximo que alcanza a \$242.85. Estos \$242.85, constituyen el 14.28% de la pensión total (cifra que se obtiene multiplicando \$242.85 por 100 y dividiendo el resultado entre \$1,700.00).

6º La pensión de \$300.00 otorgada a los cinco primeros huérfanos que se presentaron a hacerla efectiva (20% de la pensión base), debe ser disminuída a \$242.85 (14.28% de la misma pensión base), lo que significa en moneda, que el Instituto descontará de la pensión otorgada a cada uno de los primeros cinco huérfanos, \$57.25, descuento equivalente a 5.72%.

7º Iguales operaciones se realizarán si se supone que la pensión a que tiene derecho el asegurado que fallece, también de \$1,000.00, se

otorgaba por accidente de trabajo, o por enfermedad profesional, en caso de que se hubiere declarado incapacidad total permanente. Nada más que en este supuesto, no se realizarán los cálculos relativos al aumento de 10% de dicha pensión por cada uno de los huérfanos, ya que no ordena la Ley que así se haga.

8º Idéntico procedimiento habrá de observarse si los huérfanos son de padre y de madre, caso en el que, de acuerdo con lo que dispone el artículo 83, la pensión de orfandad será igual al 30% de la de invalidez, de vejez o de cesantía que disfrutaba el asegurado fallecido, o de la que le hubiere correspondido suponiendo realizado el estado de invalidez. En este supuesto, el Instituto tendrá que reducir las pensiones de orfandad otorgadas a los tres primeros peticionarios de ellas, tan pronto como se presenten el cuarto o los ulteriores reclamantes.

9º Por último, solución igual tendrá que ser apuntada para el caso de que, de acuerdo con lo que dispone el artículo 79, y lo que hemos visto se desprende de los artículos 82 y 83, las pensiones concedidas pagadas a tres huérfanos de padre o de madre; a éstos y al cónyuge superviviente; o a dos huérfanos de ambos padres; si con posterioridad al momento en que tales pensiones fueron reconsideradas o satisfechas, el Instituto recibe petición de pensión de viudedad, en los términos del mencionado artículo 79.

Por brevedad y comodidad dejo al margen las hipótesis señaladas en los puntos 8º y 9º que siendo, en lo substancial, iguales a las que consideran los puntos anteriores, merecerán, por ello, tratamiento similar y solución semejante.

De lo expuesto y ejemplificado, se ve con claridad que cuando de modo sucesivo reclaman al Instituto pensión de orfandad más de cinco huérfanos favorecidos por la Ley, aquél se ve obligado, para mantenerse dentro de los límites que fijan los artículos 37, fracción VII, inciso c), 39, 82 y 84 de ésta, a descontar, del monto de las pensiones otorgadas o pagadas a los cinco huérfanos que primero las reclamaron, las cantidades necesarias para poder otorgar, siempre dentro de los mencionados límites legales, las pensiones que correspondan a ulteriores beneficiarios.

Ahora bien, la intención del legislador al estatuir en la Ley el otorgamiento de pensiones de orfandad mediante el desplazamiento de los beneficios correspondientes al asegurado fallecido hacia sus deudos más cercanos, entre los cuales se cuentan sus hijos, fué posibilitar a éstos, que quedan huérfanos, para que "puedan atender sus necesidades vitales" y lograr que su "hogar, que sin vigilancia, del seguro quedaría hundido

en la más completa miseria y en peligro inminente de disgregarse para engrosar con sus miembros el contingente de la mendicidad", pueda "seguir viviendo, si no en las mismas condiciones, sí, al menos, con los elementos necesarios para subsistir decorosamente" (Exposición de motivos de la Ley).

El otorgamiento, pues, de la pensión de orfandad, es eminentemente proteccionista de los hijos privados de padre, de madre, o de ambos. Esta intención proteccionista se corrobora si recordamos que el 28 de febrero de 1949 fué modificada la Ley del Seguro Social y agregados los párrafos segundo y tercero del inciso c) de la fracción VII del artículo 37 y los dos párrafos finales del artículo 81, con el objeto de facultar al Instituto a prorrogar la pensión de orfandad después de que el huérfano ha alcanzado la edad de 16 años y hasta una edad no mayor de 25 años, si estaba incapacitado para mantenerse por sí mismo o si estaba realizando estudios. "Al reformarse la Ley, recogió el legislador un viejo anhelo que expresaron destacadas organizaciones obreras, tendiente a la ampliación en el tiempo de las pensiones a los huérfanos en caso de que no puedan mantenerse por su propio trabajo o que se encuentren estudiando. Esta modificación es justa y desde un punto de vista social, eficaz.

Una de las conquistas de la democracia moderna, que establece como postulado ideal la igualdad de posibilidades ante la vida, consiste en declarar la enseñanza primaria, obligatoria para todos, y los estudios superiores y profesionales, para los capaces: que los altos estudios y la enseñanza profesional no sean privilegio inherente a la fortuna.

Con el límite rígido de extinción de la pensión de orfandad a los 16 años, cual establecía el texto primitivo de la Ley, se contrariaba este humano y social postulado democrático.

Como se insinúa anteriormente, la preparación científica o técnica de las generaciones jóvenes, entraña un beneficio para la sociedad".¹

De ahí que, a primera vista, aparezca reñido con el espíritu de la Ley, un procedimiento, según el cual, a huérfanos a quienes se les ha otorgado o pagado determinada prestación económica, se les disminuya ésta, sea cual fuere la causa a la que dicha mengua patrimonial obedezca. El huérfano al que ha sido otorgada determinada pensión, ajustará la satisfacción de sus necesidades al alcance de dicha pensión, y el régimen de su vida económica se verá indudablemente alterado si, en cierto momento, la pensión es empuñada.

1 *México y la seguridad social*, tomo II, volumen II, p. 165.

Por ello el Instituto se ve en la necesidad de hallar justificación legal a la práctica seguida o, en el caso de que dicha justificación no sea encontrada, a buscar otra solución equitativa al problema de ajuste de pensiones reconocidas o satisfechas en demasía.

En localizar la mencionada justificación o en determinar el debido procedimiento sustituto de ajuste de pensiones aceptadas o cubiertas en demasía, estriba, en lo esencial, el problema planteado en este estudio.

III. Estudio y Consideraciones

1ª Antes de pasar a considerar el fondo de la cuestión propuesta, conviene recordar que el artículo 14 de la Ley concede al derechohabiente, plazo máximo de cinco años para reclamar el otorgamiento de pensión, y plazo de un año para cobrar la ya otorgada. El huérfano deberá, por tanto, gestionar el reconocimiento de la pensión a que tiene derecho, antes de que transcurran cinco años, contados, de acuerdo con lo que dispone el artículo 89 de la Ley, desde el día del fallecimiento de su padre o de su madre. Una vez que se le haya otorgado la pensión reclamada, gozará de un año para efectuar su cobro.

Por otra parte, las reclamaciones a que me refiero en el párrafo anterior deben ser hechas valer antes de que el beneficiario trasponga las edades límites que fijan los artículos 37-VII-c) y 81 de la Ley, y, también, antes de que varíen las condiciones circunstanciales que esos preceptos indican.

Sólo podrán, pues, provocar que el Instituto reduzca el monto de las pensiones de orfandad otorgadas o pagadas a los cinco huérfanos que primero se hayan presentado a reclamarlas, aquellos otros pensionados que inicien su gestión dentro del término y en las condiciones señaladas en la Ley. Quedan automáticamente descartados los pensionados ulteriores que dejen que prescriba en su perjuicio el derecho que la Ley les otorga, o que ya no satisfagan los requisitos legales exigidos.

Hecha la salvedad apuntada, paso a considerar la cuestión propuesta.

2ª Del hecho de que el Instituto reciba, dentro del término legal, petición de otorgamiento de pensión de orfandad, por huérfanos que la inician con posterioridad al momento en el que el Instituto ha otorgado o pagado pensiones de orfandad a otros cinco huérfanos que la reclamaron primitivamente, se desprende indudable perjuicio económico, ya que el Instituto tendrá, por fuerza, que sujetarse a los límites cuantitativos impuestos por la Ley. Dicho perjuicio puede recaer, como ha

venido sucediendo en la práctica, en el patrimonio de los cinco primeros huérfanos que recibieron pensiones que, en virtud de posterior reclamación, son reducidas,

Podría, también, resentir el perjuicio patrimonial, el propio Instituto, en el supuesto de que se admita que está facultado para afectar su patrimonio mediante el otorgamiento de nuevas pensiones de orfandad.

Por último, sería posible consentir que el perjuicio recayera en los huérfanos que presentan su petición, con posterioridad al momento en que dicha petición ha sido formulada o satisfecha a favor de los cinco huérfanos que primeramente la reclamaron.

Por razones de comodidad metódica examinaré en orden inverso las tres soluciones apuntadas.

A. Empiezo, pues, por analizar si el perjuicio económico podrían resentirlo los huérfanos que reclaman su pensión con posterioridad a los cinco primeros.

El perjuicio que resentirían los huérfanos posteriores se traduciría, para ellos, en lucro cesante total. En efecto; por hipótesis, el Instituto habrá otorgado cinco pensiones de 20% de la pensión base cada una; otorgamiento con el que habrá alcanzado el límite del 100% de dicha pensión base, que señala la Ley. No tendría, pues, el Instituto, más solución en este caso, que negar, de modo absoluto, el otorgamiento de la pensión a los huérfanos posteriores.

Esta solución es, evidentemente, indebida, El huérfano sólo pierde el derecho a que se le otorgue pensión de orfandad, en el caso de que no llene los requisitos que para ello exige la Ley, requisitos que, resumidos, estriban en comprobar:

- a. Su calidad de hijo del asegurado fallecido;
- b. Que el asegurado fallecido tenía derecho a determinada pensión base;
- c. Que está dentro de los límites de la edad y bajo las condiciones que señala la Ley; y
- d. Que está dentro del término temporal exigido por la propia Ley.

A menos que el huérfano peticionario deje de satisfacer alguna de las exigencias indicadas, subsistirá la obligación del Instituto de otorgarle la pensión a que tiene derecho. Esta obligación es total, pues no existe base legal que permita que el Instituto la disminuya o la suprima.

Puedo, pues, concluir, que en tanto que los peticionarios posteriores satisfagan los requisitos legales, su patrimonio, por lo que hace a la pensión a que tienen derecho, es inafectable, sin que importe, para mermar dicha inafectabilidad, que cinco huérfanos hayan reclamado con antelación la pensión que les correspondía, y que ésta haya sido otorgada y aun pagada, por el Instituto.

B. Hecha y fundada la anterior afirmación, cabe examinar ahora si el excedente de las pensiones de orfandad pagado por el Instituto debe, en vez de ser reducido con cargo a las pensiones otorgadas a los cinco primeros huérfanos que las reclamaron, recaer sobre el patrimonio del Instituto.

Evidentemente, tampoco esta solución es admisible. Efectivamente, si el Instituto, en vez de disminuir las pensiones otorgadas, sumara lisa y llanamente al total de ellas, las pensiones de los huérfanos que se presentaron en segundo término, violaría de modo franco el texto de los artículos 39 y 84 que, como queda visto, limitan el monto total de las pensiones de orfandad que el Instituto otorgue.

Pero, además de esta violación al texto expreso de la Ley, al aplicar la solución examinada, se contrariaría el espíritu de aquélla. Sobre el particular, es pertinente reproducir algunas consideraciones que han sido hechas acerca de los mencionados límites fijados por la Ley.²

“Ahora bien, concibiendo la Ley correctamente a la familia como una unidad, formada, en caso de muerte del padre, por la madre y los hijos menores de 16 años, establece el precepto 84, que el total de las pensiones atribuidas . . . a los huérfanos del asegurado fallecido no deberá exceder del monto de la pensión de invalidez, de vejez o cesantía en edad avanzada que disfrutaba o le hubiere correspondido al causante; o que en caso de que excediera, se reducirá a proporción cada una de esas pensiones. Conviene también anotar, al examinar de pasada estas limitaciones económicas, que cuando una persona tuviere derecho a dos o más pensiones de las establecidas en este capítulo, sólo se le otorgará la de mayor cuantía (art. 85); si tiene derecho a cualquiera de las mismas pensiones y también a una proveniente del seguro de riesgos profesionales, percibirá solamente ésta, pero si la que corresponde a invalidez, vejez, desempleo en edad avanzada y muerte, es mayor, se le abonará la diferencia (art. 86); . . .

Se fundan estas limitaciones en la necesidad de no quebrantar la solidaridad en que se inspira el Seguro Social. Si pudiera disfrutar, el

2 *México y la seguridad social*, tomo II, volumen II, p. 197.

asegurado más de una pensión, sería en menoscabo del patrimonio adscrito al servicio. Así conjuga la Ley el derecho adquirido por el asegurado con respecto al peculio constituido, con la garantía del derecho de los demás asegurados o de sus expectativas de derecho”.

No cabe duda de que si el Instituto pagara con cargo a su patrimonio las pensiones que reclaman los huérfanos que se presentan en segundo término, estaría quebrantando “la solidaridad en que se inspira el Seguro Social” y “menoscabando el patrimonio adscrito al servicio”, ampliando indebidamente “el derecho adquirido por el asegurado con respecto al peculio constituido”, y, finalmente, minado “la garantía del derecho de los demás asegurados o de sus expectativas de derecho”.

También en este caso me es posible concluir, como lo hice después de examinar el anterior, que no es el patrimonio del Instituto el que debe servir de base para que se practique el ajuste de las pensiones de orfandad concedidas o pagadas en demasía.

C. Por simple exclusión, hemos llegado a la única solución posible: el ajuste de las pensiones de orfandad otorgadas o pagadas en demasía debe ser hecho con cargo al patrimonio de los huérfanos primitivos pensionados, y con afectación, precisamente, de las pensiones otorgadas o pagadas, que deben ser proporcionalmente reducidas, con respecto al monto de las propias demasías.

Pero esta conclusión la hemos obtenido prescindiendo casi por completo de consideraciones de orden jurídico. Responde ella a razonamiento lógico, cuyas premisas han sido, creo, debidamente fundadas. De acuerdo con el valor de dichas premisas y con la corrección del silogismo desarrollado, concluir que la reducción económica inherente al ajuste de que tratamos debe ser hecha con cargo al patrimonio del Instituto o con cargo al patrimonio de los huérfanos que reclamaron pensión en segundo término, sería asentar un absurdo. No obstante, por lógica que esta conclusión sea, necesita, desde el punto de vista de la razón que motiva este estudio, sustentación de índole jurídica que permita apoyar su corrección, no sólo en elementos de orden económico, lógico o actuarial, sino en razones de derecho. Por ello habremos de inquirir la causa jurídica que indique la veracidad de lo asentado.

3^o En el instante en el que el Instituto Mexicano del Seguro Social otorga pensión de orfandad a los hijos del asegurado fallecido que primeramente la reclamaron, existen, por hipótesis, otros huérfanos a cuyo favor se da latente derecho a la percepción de pensiones de la misma índole, ya que, de acuerdo con el artículo 89 de la Ley, el goce

de la pensión de orfandad comenzará desde el día del fallecimiento del asegurado. Sin embargo, el Instituto ignora tal circunstancia porque los huérfanos a cuyo favor existe dicho derecho a la pensión, no se han presentado a reclamarla. Estos huérfanos, por su parte, no han perdido sus derechos, en atención a que no ha transcurrido aún el término de prescripción establecido en el artículo 14 de la propia Ley, ni han traspuesto las edades límites, ni, por último, desaparecido las condiciones de que hablan los artículos 37-VII-c) y 81. Por tal motivo, el Instituto, al pensionar a los cinco primeros huérfanos, no se ve precisado a tener en cuenta los límites que para computar el monto total de las pensiones reconocidas señala la Ley. Así, pues, la pensión que recibe cada uno de los cinco primeros huérfanos será del 20% de la cuantía de la pensión base.

Dadas estas condiciones, ocurre preguntar: ¿tiene, realmente, cada uno de los cinco huérfanos que primero reclaman la pensión, derecho a que la que el Instituto les otorga, monte el mencionado 20%? Evidentemente no. Tal derecho existiría a favor de los mencionados huérfanos, sólo en el caso de que no hubiere hijos del asegurado que posteriormente ejercitaran su propio derecho. Si el Instituto otorgó a los mencionados cinco primeros huérfanos, pensión equivalente en su cuantía al 20% del monto de la pensión base, ello se debió, indudablemente, a la ignorancia del Instituto de que, con posterioridad y dentro del lapso y bajo las condiciones que señala la Ley, tendría que pagar pensiones a otros huérfanos del mismo asegurado.

Quiere decir lo anterior que, por una parte, el Instituto ha otorgado, y quizá pagado, indebidamente pensiones superiores a la cuantía en derecho correspondiente; y que, por otra parte, los beneficiados con tales pensiones, han recibido otorgamiento o pago de pensión excesivo al que tenían derecho.

4º Por no haber hallado a la cuestión que estudio solución directa inspirada en la reglamentación legal de nuestro régimen de seguridad social, y por haber tenido que desplazar el problema al terreno del derecho común, para resolverlo mediante aplicación de los principios de éste, creo válido concluir, aunque un tanto apriorísticamente, que estamos en presencia de un pago de lo indebido, por lo que hace a la actuación del Instituto; y de un enriquecimiento ilegítimo por lo que hace a la situación de los beneficiarios.

Debo fundar ampliamente esta aseveración, sólo apoyada hasta ahora en apreciaciones generales, en bases jurídicas concretas. Para ello, me referiré en primer lugar, y por separado, a los diversos aspectos doctrinales y juridicopositivos del pago de lo indebido y del enriquecimiento ilegítimo (concepto, elementos, requisitos, fundamentos, efectos, etc., etc.); y, en segundo lugar, aplicaré lo que sucesivamente desprenda del examen de cada uno de los puntos indicados, al problema planteado en este estudio.³

Empezaré por referirme al enriquecimiento ilegítimo, ya que, dentro de la categoría jurídica a que ambas instituciones pertenecen, la primera constituye género de la cual la segunda es simple especie.⁴

I. *Enriquecimiento ilegítimo*. 1).—*Terminología. Significación del concepto*. El enriquecimiento ilegítimo es llamado hoy día, con más propiedad, enriquecimiento sin causa, en atención a que el concepto de ilegitimidad evoca el de ilicitud. Como veremos, el enriquecimiento, aunque ilegítimo, por carecer de causa, no es forzosamente ilícito, puesto que puede no existir mala fe por parte de quien recibe lo que no se le debe o de quien paga lo indebido. Así opinan Lafaille (p. 253), R. Rojina V.

3 La bibliografía sobre el enriquecimiento ilegítimo y sobre el pago de lo indebido, es muy amplia. Consulto sólo tres autores de derecho patrio. Ellos son: José Gomis Soler, *Derecho Civil Mexicano*, México, 1944, tomo III, "Teoría General de las obligaciones"; Rafael Rojina Villegas, *Derecho Civil Mexicano*, México, 1951, tomo V, "Obligaciones", volumen II; y Manuel Borja Soriano, *Teoría General de las Obligaciones*, México, 1939, tomo I. De derecho extranjero, me sirven de guía los siguientes autores: Roberto de Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de la cuarta edición italiana, por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1931, tomo II; V. Laurent, *Principios de Derecho Civil Francés*, tomo XX, editado en Puebla en 1898 por Barroso Hnos. y Cía. (Sucesores); P. Gilbert, *Les Codes Annotés de Sirey*, París, 1873, volumen I (*Code Civil*); M. Planiol y G. Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Décima edición, París, 1928, tomo II; E. Petit, *Tratado elemental de Derecho Romano*, traducción de José Fernández González, Madrid; J. Bonecasse, *Introduction à l'étude du Droit*, París, 1931, volumen II; F. C. de Diego, *Curso Elemental de Derecho Civil Español*, Madrid, 1927, tomo VII; Demogue, *Traité des Obligaciones*, 1937; G. Giorgi, *Teoría delle Obligazioni nel Diritto Moderno Italiano*, Firenze, 1903, tomo IX; Ripert y Teisseire, *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français* ("Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1904, 1,727-796); Héctor Lafaille, *Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones*, tomo VII, volumen II.

4 J. Gomis S., p. 285, y de Ruggiero, p. 637: "La repetición de lo indebido pertenece al concepto más amplio del enriquecimiento sin causa..."

(p. 305), de modo expreso; y de modo tácito J. Gómis (pp. 382 y ss.) Planiol (pp. 620 y 621) opina en sentido contrario.

El enriquecimiento sin causa “consiste en el hecho de aumentar una persona su patrimonio a costa del patrimonio de otra y sin una causa justificada para ello” (J. Gómis, p. 300); significa, simplemente, que “no ha habido un motivo jurídico que como causa eficiente, justifique el aumento de un patrimonio y la disminución en otro... El enriquecimiento sin causa significa que no existe otra fuente a la cual podría imputarse el aumento patrimonial” (R. Rojina V., pp. 306 y 311). El enriquecimiento sin causa es aquél que origina un derecho de restitución, para lo que “es menester que ocurra a costa del patrimonio de otra persona y que, además, no haya razón que lo justifique”. (A. Von Thur, citado por Rojina, p. 306).

De los conceptos dados brota la noción clara de lo que es el enriquecimiento sin causa. Enriquecimiento sin causa es relación jurídica en cuya virtud un patrimonio se incrementa en correlativo detrimento de otro patrimonio, sin que exista, para ello, motivo de derecho.

Nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, acogiendo esta noción, dispone que “el que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento y en la medida en que él se ha enriquecido” (art. 1882).

2. *Clasificación y fundamentación jurídica del enriquecimiento sin causa.*—Poco importa, para el fin perseguido en este estudio, determinar la categoría a la que pertenece el enriquecimiento sin causa y exponer el fundamento jurídico del mismo. Baste decir que, tradicionalmente, desde la época del Derecho Romano hasta las legislaciones civiles de nuestros días, derivadas del Código de Napoleón, el enriquecimiento sin causa ha sido considerado, casi unánimemente, como cuasi-contrato; y que los fundamentos de éste, aunque no han sido determinados con precisión, se apoyan, por una parte, en principios filosóficos como la equidad, según la cual es de Derecho natural que nadie se enriquezca con detrimento o lesión de otro (*nemo locupletari debet cum aliena iactura*); y en el reconocimiento legal, que clasificado o no, hacen la mayoría de los códigos civiles. Digo que poco importa el análisis de la clasificación y de los fundamentos del enriquecimiento sin causa, porque bajo el nombre de “enriquecimiento ilegítimo”, nuestro Código Civil lo consigna dentro del libro cuarto (“De las obligaciones”), título primero (“Fuentes de las obligaciones”), capítulo III, como fuente extracontractual de obligaciones.

3. *Elementos, requisitos o supuestos necesarios del enriquecimiento sin causa.*—Los elementos o supuestos necesarios para que exista enriquecimiento sin causa, según la doctrina⁵ y el derecho positivo, son:

1. Enriquecimiento de un patrimonio;
2. Empobrecimiento o detrimento de otro patrimonio;
3. Relación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento de los patrimonios indicados; y
4. Ausencia de causa del enriquecimiento y del empobrecimiento.

Analizaré cada uno de estos elementos y aplicaré lo que del análisis obtenga, al problema que me ocupa.

Enriquecimiento.—“Por enriquecimiento se entiende todo incremento patrimonial” (S. Von Thur, citado por Rojina, p. 306). “Consiste el enriquecimiento en un aumento de valor en el patrimonio de una persona, en virtud de transmisión hecha por otra persona cuyo patrimonio se ha empobrecido correlativamente” (J. Gómis S., p. 383).

El enriquecimiento (y también el empobrecimiento) “se entiende que debe ser de carácter patrimonial. No se comprenden aquí beneficios extrapatrimoniales, o bien molestias, afectaciones o lesiones de carácter moral, de tal manera que si no puede justificarse un aumento en un patrimonio, con la consiguiente disminución de otro, aun cuando exista un cierto beneficio en un sujeto, no habrá por este hecho enriquecimiento sin causa. Por ejemplo: el jardín de una casa puede traer consigo un beneficio estético al vecino y originarle incluso un aumento en el valor de su propiedad, pero no podemos sostener que aquí hay un enriquecimiento sin causa, por gozar del jardín vecino, dado que no ha existido una pérdida patrimonial en el dueño del jardín. Se requiere además del empobrecimiento de un sujeto, el enriquecimiento en otro, es decir, como afirma Eneccerus, el obligado debe haber obtenido algo, mejorando su situación patrimonial” (R. Rojina, p. 314). “El enriquecimiento debe ser pecuniario, al menos en principio. Una ventaja económica debe procurarse; es raro que una ventaja moral se tenga por suficiente” (M. Borja S., p. 458). “El enriquecimiento debe tener valor patrimonial, más aún, crematístico; ya que una ventaja moral no traductible a un

⁵ Ripert et Teisseire, pp. 727 y ss.; Ruggiero, pp. 627 y ss.; Laurent, pp. 403 y ss.; Planiol, pp. 620 y ss.; en Derecho extranjero; y en Derecho patrio: Rojina, p. 313; J. Gómis, pp. 382 y ss., y Borja S., pp. 458 y ss.

algo con valor patrimonial carece de la cualidad de materia enriquecedora" (J. Gómis, p. 283).

Aplicación al problema.—En el otorgamiento o en el pago de pensiones de orfandad hecho por el Instituto a los cinco huérfanos que primero las reclaman, hay evidente enriquecimiento del patrimonio de éstos, que se incrementa con la pensión que les es otorgada o pagada. El incremento patrimonial de los huérfanos pensionados es, por definición, de carácter "económico, pecuniario o crematístico", puesto que el Instituto les paga u otorga pensión, precisamente en dinero. Tal es posible deducir del concepto mismo de pensión de seguridad social: cantidad periódica que, en los términos de Ley, tienen derecho a percibir los asegurados o beneficiarios del Seguro Social, cuando su situación jurídica personal coincide con la hipótesis relativa prevista por la propia Ley.

Este enriquecimiento, tal como se desprende del planteamiento mismo del problema analizado y como se demostrará adelante, aunque es, en principio lícito, carece de causa por lo que hace a la demasía de la pensión otorgada o pagada.

Existe, pues, el primer elemento del enriquecimiento sin causa en la modificación del patrimonio de los huérfanos pensionados.

Empobrecimiento.—"El hecho personal del que se ha empobrecido debe traducirse por un sacrificio pecuniario o por un trabajo" (M. Borja S., p. 458). El empobrecimiento "se manifiesta por la pérdida patrimonial sufrida por el empobrecido, bien consista esa pérdida en una cosa (dinero...), o en una prestación de hacer (trabajo no recompensado)" (J. Gómis S., p. 383).

Aplicación al problema.—Cuando el Instituto otorga o paga pensión a los cinco huérfanos que primero la reclaman, sufre, en su patrimonio, empobrecimiento potencial o efectivo, según otorgue o pague, empobrecimiento que se "traduce en sacrificio pecuniario" o en pérdida de dinero para el mismo. Este hecho es evidente y por ello no requiere comprobación. El empobrecimiento, lo mismo que el enriquecimiento, es, en sí, legítimo, pero sin causa o indebido, en la medida en que lo otorgado o pagado excede a la obligación legal.

Está, pues, constituido el segundo elemento del enriquecimiento sin causa, en el otorgamiento o pago de pensiones hecho por el Instituto a los cinco huérfanos que primero las soliciten.

Relación entre el enriquecimiento de un patrimonio y el empobrecimiento de otro.—"El enriquecimiento de uno debe provenir del em-

pobrecimiento de otro" (Hermard). Es necesario que el enriquecimiento de una persona sea la consecuencia directa del sacrificio de la otra (Colin et Capitant). Bonnecase, refiriéndose a la relación indicada, hace observar que "la substancia del hecho del enriquecimiento sin causa, fuente de obligaciones, consiste esencialmente en el acrecentamiento sin causa, de un patrimonio, que se efectúa en detrimento de otro a consecuencia de un solo y mismo acontecimiento" (*Précis*) (M. Borja S., p. 459). La relación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento es un requisito que "se deduce de los anteriores, ya que si el enriquecimiento no es consecuencia directa del empobrecimiento, sin una relación de causa a efecto entre aquél y éste, podrán coexistir un enriquecimiento y un empobrecimiento; pero no habrá entre ellos el nexo necesario para crear la obligación, puesto que el nacimiento de ésta debe provenir de la confluencia de causa y efecto y ser fundado en un sólo hecho o acontecimiento" (J. Gómis, p. 384). "Por lo que atañe a la relación causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, el Código nos da una regla que debemos precisar. A primera vista parece que hay siempre equivalencia entre ambos y, en verdad, ésta sería un hipótesis excepcional. No siempre el enriquecimiento de una persona corresponde exactamente al empobrecimiento de otra. Traducido en números, no siempre el enriquecimiento que alguien experimente en diez, será un empobrecimiento que otro sufra en diez. El Código, en su principio general, parte de la hipótesis de equivalencia y por eso nos dice el artículo 1882: "El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido". "No hay dificultad, cuando exactamente el empobrecimiento corresponda al enriquecimiento, pues entonces existirá la obligación de indemnizar al primero, en la medida del segundo" (R. Rojina V., p. 315).

El requisito consistente en la relación que debe existir entre enriquecimiento de un patrimonio y empobrecimiento de otro, está implícitamente aceptado en las primeras palabras del artículo 1882 antes transcrito, que, como hemos visto, supone que sin causa, una persona se enriquezca, en detrimento de otra.

Aplicación al problema.—Vimos, al hacer la aplicación de lo dicho al examinar el primero y el segundo requisitos sujetos a análisis, que hay enriquecimiento del patrimonio del huérfano que recibe pensión de orfandad del Instituto y que hay empobrecimiento del patrimonio del Instituto cuando éste otorga o paga la mencionada pensión de orfandad. Proviendo el dinero que el huérfano recibe como pensión, directamente

del patrimonio del Instituto, es inconcuso que el enriquecimiento del patrimonio de aquél tendrá como efecto el empobrecimiento del patrimonio de éste. Esta relación de causa a efecto puede ser invertida, si quien haga esta exposición cambia de punto de vista. Es, efectivamente, indiferente que se diga que el empobrecimiento del patrimonio del Instituto es causa y no efecto del enriquecimiento del patrimonio del huérfano que recibe la pensión. Así, pues, el enriquecimiento del huérfano "proviene del empobrecimiento" del Instituto; el enriquecimiento del huérfano "es la consecuencia directa del sacrificio" hecho por el Instituto; hay "acrecentamiento del patrimonio" del huérfano, que se efectúa "en detrimento" del patrimonio del Instituto, "a consecuencia de un solo y mismo acontecimiento"; el otorgamiento o el pago de la pensión de orfandad.

Demostrada la relación de causa efecto existente entre el enriquecimiento y el empobrecimiento realizados, podemos considerar como típicamente integrado el tercer elemento del enriquecimiento sin causa.

Carencia de causa.—¿Qué debemos entender por carencia (término más propio que el de ausencia, generalmente usado) de causa, por enriquecimiento sin causa? "La palabra causa no está tomada aquí en el sentido que le dan los autores causalistas a propósito de los elementos de formación de los contratos. Hablar del enriquecimiento sin causa, significa señalar "la ausencia de una causa que tenga su fuente en la ley o en el contrato, de la ausencia de una justa causa" (Rossel). Collín y Capitant, refiriéndose a la ausencia de dicha causa dicen: "En realidad la palabra causa está tomada aquí en su sentido tradicional; significa el acto jurídico que justifique la adquisición de un valor. En otros términos, es preciso que el enriquecimiento no tenga su fuente en un acto jurídico que legitime la adquisición". Hémar, opina que "sin causa, quiere decir sin derecho, injusto, ilegítimo". Para Bonnet, el sentido en los términos sin causa es la no justificación en derecho del enriquecimiento (*Précis*) (M. Borja S., p. 460). "... la causa a que aquí nos referimos no es otra que la ausencia de una justificación legal de enriquecimiento, y diferente de la causa exigida como elemento esencial de los negocios jurídicos. No habrá, pues, causa legítima de enriquecimiento, si éste no provino en virtud de un derecho conferido por la ley o derivado de un contrato" (J. Gómis, p. 384).

Igual tesis ha sustentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁶

6 *Semanario Judicial de la Federación*, tomo LXXV, p. 6504; t. LXXVI, p. 693; t. LXXXIII, p. 4927.

Aplicación al problema.—Como creo haber demostrado, cada uno de los huérfanos que primero reclaman pensión, carece del derecho a que la pensión que el Instituto le otorga monte al 20% del total de las pensiones concedidas, pues tal derecho sólo existiría a favor de los mencionados huérfanos, en el caso de que no hubiere hijos del asegurado que posteriormente ejercitaran su propio derecho.

Ante la carencia del derecho mencionado, estamos en presencia de la carencia de causa de que habla el requisito que reclama nuestra atención. No existe “fuente de la Ley” que determine que el Instituto debe pagar el mencionado 20% de pensión, si después de los primeros cinco huérfanos, reclaman pensión otros hijos del mismo asegurado. No hay por parte de los huérfanos que indebidamente recibieron la pensión excedente, “justificación de tal adquisición”. La adquisición hecha por ellos, no está “legitimada”. Es “injusto” el incremento de su patrimonio. No hay, en fin, justificación legal posible de tal enriquecimiento.

Sentado lo anterior, tendremos que concluir, en final de cuentas, que también este último elemento, la carencia de causa, se da en el enriquecimiento obtenido por los huérfanos pensionados en demasía por el Instituto, en detrimento del propio Instituto.

Podemos, después de haber hecho el análisis anterior, concluir sin lugar a dudas, que, a la luz de lo elaborado por la doctrina y dispuesto por el derecho positivo, las pensiones de orfandad otorgadas o pagadas en demasía por el Instituto Mexicano del Seguro Social, constituyen un enriquecimiento sin causa típico, con todos los elementos doctrinales y positivos característicos de tal figura jurídica. Es pertinente esta apreciación por lo que ve al patrimonio de los huérfanos o del cónyuge supérstite que percibieron en demasía el otorgamiento o el pago de pensión.

Como antes dije, el complemento negativo, por así llamarle, del enriquecimiento sin causa, es, generalmente, el pago de lo indebido. Desde el punto de vista lógico, éste constituye especie de aquél. Cuando se habla del pago de lo indebido, se adopta como ángulo de exposición, no el patrimonio de la persona que se enriquece sin causa, sino, por lo contrario, el patrimonio de quien se empobrece a causa del correlativo enriquecimiento. En nuestro caso, tendremos que referirnos, para analizar dicha institución, al patrimonio del Instituto. Tratemos, pues, de averiguar, una vez probado que hubo enriquecimiento sin causa por parte de los huérfanos que recibieron en demasía otorgamiento o pago de pensión, si por parte del Instituto hubo empobrecimiento correlativo, que permita afirmar la existencia de pago de lo indebido.

II.—*El pago de lo indebido.* 1).—*Naturaleza y noción.* El pago de lo indebido considerado, al fin y al cabo, como especie o como aspecto antagónico, pero correlativo del enriquecimiento sin causa, es jurídicamente catalogado también como cuasicontrato. "... la doctrina moderna considera el pago de lo indebido como una de las formas de aplicación del principio jurídico del enriquecimiento sin causa legítima... No da el Código una definición del pago de lo indebido, pero es aceptable para su doctrina el siguiente concepto de Clemente de Diego: "Relación o vínculo jurídico que se establece entre la persona que recibe lo que no tenía derecho a recibir y aquella que paga por error, en cuya virtud el cobrador se constituye en la obligación de restituir lo indebidamente pagado" (J. Gomis S., p. 386). "La noción general del pago de lo indebido supone que, sin existir obligación alguna, una persona por error de hecho o de derecho, paga lo que realmente no debe. Por consiguiente, el pago de lo indebido descansa: a) en la inexistencia de una obligación; b) en un error de hecho o de derecho" (R. Rojina V., p. 319). "Aquel que ha pagado por error lo que no debía, puede restituir por lo que ha pagado... Resulta, pues, del pago indebido una obligación a cargo de aquel a quien se pagó indebidamente... ¿por qué está obligado a ello? Porque la equidad se opone a que se enriquezca sin causa a expensas de aquel que hizo el pago indebido; y se enriquecería sin derecho a sus expensas, si pudiera retener lo que le fué pagado sin que sea acreedor; la equidad obliga, pues, a restituir" (F. Laurent, p. 403).

Si el concepto del enriquecimiento ilegítimo quedó debidamente aclarado, no hay dificultad para que sea comprendido con facilidad el de pago de lo indebido. Este es, como dije en otro lugar, el mismo concepto jurídico, pero contemplado no desde el punto de vista del sujeto cuyo patrimonio se incrementa, sino desde el punto de vista de aquel cuyo patrimonio se mengua.

2º—*Elementos, requisitos o supuestos necesarios del pago de lo indebido.*—Dada la estrecha relación existente entre el pago de lo indebido y el enriquecimiento sin causa, natural es que aquél tenga los mismos elementos que hemos visto tiene éste. Es decir, en el pago de lo indebido existe enriquecimiento de un patrimonio, empobrecimiento de otro, relación entre ambos efectos y, por último, carencia de causa. Pero, a más de estos elementos, hay otro, característico y propio del pago de lo indebido. Me refiero al error.

Efectivamente: "Es necesario que quien realice el pago lo haga en virtud de sufrir un error, pues si entregase a alguien determinada:

cosa a sabiendas de que no pagaba una deuda, la entrega podría ser considerada como una donación, un préstamo, etc., pero no como un pago de lo indebido. Es precisamente en el error donde radica la invalidez del pago, ya que siendo éste un negocio jurídico, vicio tan enervante como el error le invalida. Ahora bien; como nuestro Código se limita a decir "por error" sin aclararnos qué clase de error debe éste ser, conviene dilucidar si se trata del error de derecho. En el Código de 1884 (art. 1545), que recogió la idea del Código de 1870, se admitía solamente el error de hecho, pero no el de derecho, por entender que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento. Esos dos códigos se inspiraron en nuestro derecho histórico, según puede verse en la ley 30, título 14, *Partida 5ª* Pero el vigente Código de 1928 se inclina por entender que el error puede ser de hecho o de derecho, de acuerdo con su artículo 1813 (Borja Soriano)" (J. Gomis S. p. 387). En igual sentido se expresa R. Rojina V. (p. 320).

"Cuando una persona paga por error lo que no debe, es justo que el que ha recibido el pago no se enriquezca a su costa y que esté obligado a devolver lo que le ha sido pagado. Esta obligación nace *cuasi ex contractu*. Sin duda ha habido acuerdo entre las partes, pero se han entendido para extinguir una obligación supuesta y no para crear una; la que resulta del pago de lo indebido es, pues, independiente de toda convención. Esta obligación es sancionada por la *condictio indebiti*. Veamos a qué condiciones está subordinada y cuáles son sus efectos.

Condiciones. Se resumen en esta fórmula: *indebitum per errorem solutum*: es decir, que es preciso que se haya pagado lo indebido y que se haya pagado por *error*... Hay dos clases de errores: el error de hecho y el error de derecho. Si un deudor paga doscientos creyendo haberlos prometido por estipulación, cuando no ha prometido más que ciento, es un error de hecho. Si un heredero paga por completo los legados que agotan la sucesión, ignorando que puede retener el cuarto según la Ley Falcidia, es un error de derecho". (H. Petit, pp. 447 y 448).

"Aquel que no es acreedor y a quien el deudor paga, recibe seguramente lo que no se le debe; es, pues, obligado a restituir a aquél que le pagó indebidamente. Por su parte, el deudor pagó lo que no debe, pues aunque sea deudor, no lo es con relación a aquel a quien paga; hace pues un pago indebido y, por consiguiente, puede repetir, si hizo el pago por error" (Aubry y Rau, t. iv, p. 727, nota 1, párr. 442) (F. Laurent, p. 409).

3.—*Casos en los que se da pago de lo indebido.*—La doctrina señala múltiples casos ejemplificativos, y aun tipificados por los códigos, de pago de lo indebido. Sería inútil señalar todos estos casos en este trabajo. Basta invocar sólo aquellos que sean aptos para hacernos ver que en la cuestión que estudiamos, hay pago indebido por parte del Instituto. Paso, pues, a señalar dichos casos.

“La ausencia de obligación (de pagar) se puede presentar, como explica Planiol, en tres casos:

1^º—Porque realmente no exista ninguna obligación entre el que paga y el que recibe. El primero se denomina *solvens* y el segundo *accipiens*. Cita Planiol como ejemplo el caso en que la mujer, como heredera del marido, cubre una deuda pensando falsamente que era obligación de su esposo, cuando en realidad no existió esa obligación...

2^º—Cuando existiendo la relación jurídica, el verdadero deudor paga al que no es acreedor...” (R. Rojina V., p. 319).

“Hay pago indebido en tres casos: 1^º cuando una cosa ha sido pagada sin que haya deuda... 3^º cuando la cosa pagada era debido a otro que aquel que la recibió.

Todo pago supone una deuda: lo que fué pagado sin ser debido, está sujeto a repetición... no hay deuda cuando no hay ninguna causa que engendre una obligación, ni un contrato, ni un cuasicontrato, ni un delito, ni un cuasidelito, ni ley...

3^º—Se paga también lo que no se debe cuando se paga más de lo debido; hay lugar en ese caso, a la repetición del excedente. Pago más de lo que debía cuando descuidé hacer una deducción o retención, que tenía derecho a hacer. Si vendo una sucesión y entrego los objetos hereditarios sin retener lo que me debía el difunto, puedo repetir lo que me es debido, pues he pagado más de lo que debía... Otro caso se ha presentado ante la Corte de Bruselas. Un padre paga una suma de 11,000.00 francos por los gastos del contrato de matrimonio de su hijo; promueve en repetición por 2,000.00 francos que ha pagado de más. El notario le opone una negativa, fundada en que el padre no era deudor. Singular defensa. El demandado olvidaba que la obligación puede ser pagada por tercero que no está interesado en ella... y, aquel que tiene el derecho de pagar, tiene también el derecho de repetir cuando ha pagado más de lo que el deudor debía (Bruselas, 10 de agosto de 1859) (Pasicrisia, 1859, 2, 325)” (F. Laurent, pp. 404 y 407).

“Recuérdese que para que se dé plenamente el principio del enriquecimiento ilegítimo se requiere que éste se haya realizado *sin causa*

para ello. Luego también deberá haber en el pago indebido una ausencia de causa; ausencia que se descubre por no existir entre el pagador y el cobrador ninguna relación jurídica que les obligue por la prestación realizada. Los supuestos de carencia de causa o de ausencia de obligación (casos en que se da pago de lo indebido) son tres: 1º Cuando hay defecto absoluto de obligación, como ocurre si se paga una deuda ya pagada, o se cumple la prestación de una relación obligacional nula, o se paga una deuda imaginaria y no existente; 2º Cuando se paga más de lo que se debía, en cuyo caso el exceso se convierte en pago de lo indebido; 3º Cuando se paga a persona distinta del acreedor y sin que el pago beneficie a éste..." (J. Gomis S., p. 386).

He transcrito los conceptos de los autores citados para demostrar que la doctrina reconoce uniformemente que hay pago de lo indebido, entre otros casos, en los tres siguientes:

1. Cuando entre el que paga y el que recibe hay inexistencia de obligación que deba ser satisfecha;

2. Cuando, existiendo obligación que deba ser satisfecha, es pagada a quien no es acreedor; y

3. Cuando, existiendo obligación que deba ser satisfecha, quien paga a quien es acreedor, hace el pago con exceso de lo debido.

Analizaré los elementos del pago de lo indebido y cada uno de los casos en los que éste se da, y explicaré lo que del análisis infiera, al problema planteado.

El error. Afirmé páginas atrás que los cinco huérfanos que primero reclaman la pensión carecen de derecho a que el Instituto les otorgue o les pague hasta el 20% de la pensión base, ya que tal derecho existiría a su favor, únicamente en el caso de que no hubiere hijos del asegurado que posteriormente ejercitaran su propio derecho. Si el Instituto otorga o paga a los mencionados cinco primeros huérfanos, pensión equivalente en su cuantía al 20% del monto de la pensión base, ello se debe, indudablemente, a que el Instituto ignora que, con posterioridad y dentro del lapso y bajo las condiciones que señala la Ley, tendrá que reconocer pensiones a otros huérfanos del mismo asegurado. De lo dicho se desprende que el Instituto ha satisfecho la demasía de la pensión, erróneamente. El error en que incurre el Instituto al otorgar la demasía, es tanto de hecho como de derecho. Es error de hecho, porque al satisfacer una obligación realmente existente a su cargo (la de cubrir a los huérfanos la pensión a la que en realidad tienen derecho), equivoca la apre-

ciación de la cuantía de éste y la reconoce o la paga en exceso. Es error de derecho, porque al otorgar la pensión en demasía, y en virtud de que ignora el Instituto la existencia de otros huérfanos que aún no han reclamado su pensión, omite hacer las deducciones necesarias para cubrir la obligación que tiene respecto a éstos.

Concluyo de lo anterior que a la par que los elementos del enriquecimiento ilegítimo, que lo son también del pago indebido, el elemento característico de éste, el pago por error de hecho o de derecho, se da también en el reconocimiento o satisfacción de pensiones de orfandad hechos en demasía por el Instituto.

Exceso en el cumplimiento de la obligación. Resulta innecesario demostrar que cuando el Instituto otorga o paga íntegramente el 20% de la pensión base a cada uno de los cinco huérfanos que primero se presentaron a reclamarla, existiendo pensionados que no han hecho aún efectivos sus derechos, se excede en el cumplimiento de la obligación que tiene a su cargo, es decir, paga lo que no debe, porque paga más de lo debido. Ello se desprende con claridad del objeto mismo al cual está dedicado este estudio y de los términos en los que fué planteado el problema que trato de resolver.

Carencia de obligación. Es patente que en el caso a estudio hay carencia de obligación por lo que hace a las cantidades que, por concepto de pensión de orfandad, cubrió con exceso el Instituto. La obligación del Instituto de otorgar y pagar pensiones de orfandad, cuenta, en efecto, con límite cuantitativo fijado por la Ley (arts. 37-VII-c), 39, 82, 83, y 84). Sin embargo, por las circunstancias anotadas (ignorancia del Instituto de que existen huérfanos que aún no han reclamado su pensión), el Instituto no se concreta a aceptar y a pagar aquello a lo que está obligado, sino que determina erróneamente su obligación en cantidad mayor a la que en realidad monta. Toma, por ello, a su cargo una obligación que no existe. Por lo que toca al exceso de la pensión otorgada, hay "defecto absoluto de obligación" del Instituto.

Pago hecho a persona distinta del acreedor. Por último, también es dable percibir que en el caso apuntado, el Instituto paga a persona distinta del acreedor.

El total de la pensión base sobre las que se calculan las pensiones de orfandad debe ser derramada entre todos los huérfanos del asegurado fallecido. Sin embargo, algunos de éstos huérfanos, sin dejar que prescriba el derecho que obra a su favor y sin permitir tampoco que tal de-

recho desaparezca porque se modifiquen las condiciones que la Ley exige para su existencia y ejercicio, no lo hacen efectivo. Tal circunstancia es desconocida por el Instituto y, éste por tanto, reconoce o paga parte de lo que debía cubrir a los huérfanos que aún no han reclamado su pensión, a aquellos que sí se presentaron a reclamarla. Así, los huérfanos que reciben la pensión que no les corresponde, en adición a la que sí les corresponde, están substituyendo, por lo que a dicha edición hace, al verdadero acreedor de ella: el o los pensionados que no la han reclamado. El Instituto paga indebidamente: "no es deudor de aquel a quien ha pagado".

4. Creo haber demostrado mediante el análisis anterior, que las figuras jurídicas del enriquecimiento sin causa y del pago de lo indebido se realizan, con todos sus elementos, en el otorgamiento o pago de pensiones de orfandad hecho en demasía por el Instituto Mexicano del Seguro Social, por lo que a tal demasía se refiere.

Hay enriquecimiento sin causa de los huérfanos que reciben en demasía pensión de orfandad, porque existe enriquecimiento de su patrimonio, empobrecimiento del patrimonio del Instituto, relación entre tal enriquecimiento y tal empobrecimiento, y, por último, carencia de causa jurídica que motive uno y otro.

Hay, también, pago de lo indebido, con relación al Instituto Mexicano del Seguro Social, porque, aparte de que se repiten, en relación con su patrimonio, los elementos del enriquecimiento ilegítimo, que considerados desde distinto ángulo, corresponden al pago de lo indebido, existe error en el reconocimiento o en el pago que el Instituto hace; porque en dicho reconocimiento o pago es evidentemente perceptible que el Instituto se obliga a más de lo que debía, que no existía obligación a su cargo que le constriñera a cubrir lo otorgado o pagado y, en fin, que lo que aceptó y cubrió lo hizo a persona distinta del acreedor.

Sentada esta proposición, quedan sólo por averiguar los efectos del enriquecimiento sin causa de los pensionados en demasía, y los del pago de lo indebido hecho por el Instituto. A tal fin dedico la siguiente consideración.

5. Los efectos del enriquecimiento sin causa y del pago indebido, en relación con el problema a estudio, pueden ser resumidos así:

- a) Restitución de lo indebidamente pagado.
- b) Cobro de intereses, en el caso de mala fe del *accipiens*.

Analizaré cada uno de los efectos listados.

a) La consecuencia inmediata del enriquecimiento sin causa y del pago de lo indebido es la restitución. La restitución se traduce, si se trata de enriquecimiento sin causa, en indemnización que debe pagar el enriquecido al empobrecido, en la medida de su enriquecimiento. En el caso de pago de lo indebido, la restitución significa la devolución de lo recibido. Se trata de una sola consecuencia, cuyas modalidades varían, como es natural, cuando cambia el sujeto a que ella se refiere.

La restitución está categóricamente reconocida por nuestra legislación (arts. 1882 y 1883 del Código Civil) y ampliamente apoyada y justificada por la doctrina: "El enriquecido se convierte en deudor y el empobrecido en acreedor, siendo la prestación la diferencia entre el aumento del patrimonio del primero y la merma sufrida por el segundo. De ahí que el artículo 1882 de nuestro Código confiera al empobrecido una acción personal para exigir del enriquecido la indemnización correspondiente en la medida en la que él se ha enriquecido... El efecto esencial del pago indebido consiste en la restitución de lo cobrado. Por mandato eminente de la Ley, apenas hecho el pago indebido, surge un vínculo legítimo entre quien hizo el pago indebido y quien lo cobró; vínculo que origina la obligación por parte de este último de devolver al primero la prestación recibida" (J. Gómis S., pp. 384 y 388). "Trataremos ahora las consecuencias del pago de lo indebido, consistentes en la restitución. Pueden presentarse a propósito de la misma los siguientes casos: 1^o se ha pagado una cosa que se conserva en el patrimonio del *accipiens*. 2^o, se pagó una cantidad: debe también restituirse: la buena o mala fe sólo traerá como consecuencia la obligación de pagar intereses cuando exista mala fe, o de no pagarlos cuando se recibió de buena fe la cantidad entregada." (R. Rojina V., p. 523.)

Las palabras de Rojina Villegas transcritas en último término encuentran su confirmación en el artículo 1884 del Código Civil, que dispone: "El que acepte un pago indebido, si hubiere procedido de mala fé, deberá abonar el interés cuando se trate de capitales..."

Atento lo anterior, y admitido que cuando hay pensiones de orfandad pagadas u otorgadas en demasía por el Instituto, se realiza un enriquecimiento ilegítimo de quienes reciben tales pensiones y un pago indebido del Instituto, forzoso es concluir que quienes han recibido indebidamente la demasía de las pensiones, tendrán obligación de restituirla al Instituto, y éste acción (acción *in rem verso*), para cobrar dichas pensiones.

De acuerdo con la parte transcrita del artículo 1884, interpretada *a contrario sensu*, en el caso de que hubiere habido buena fe por parte del pensionado que sin causa se enriqueció con la recepción de la pensión otorgada en demasía, el Instituto sólo tendrá acción para recuperar, precisamente, la cantidad otorgada en demasía.

b) Por lo contrario, y atento lo dispuesto literalmente por el mencionado artículo, si hubo mala fé en el huérfano que se enriqueció con la demasía cobrada al Instituto, digamos porque teniendo conocimiento de que existían más de cinco huérfanos con derecho a recibir la pensión, lo ocultó al Instituto, éste tendrá derecho a reclamar, aparte de la cantidad pagada de más, los intereses de la misma.

IV. Conclusiones

Primera.—El Instituto Mexicano del Seguro Social podrá reducir el monto de las pensiones de orfandad otorgadas o pagadas en demasía, cuando:

1º Habiéndolas reconocido o pagado a cinco huérfanos de padre o de madre, otros huérfanos inicien gestión de reconocimiento y cobro, dentro del término y en las condiciones señaladas en la Ley del Seguro Social.

2º Habiéndolas reconocido o pagado a tres huérfanos de padre y de madre, otros huérfanos inicien gestión de reconocimiento y cobro, dentro del término y en las condiciones señaladas en la Ley del Seguro Social.

3º Habiéndolas reconocido o pagado a tres huérfanos de padre o de madre, simultáneamente con el cónyuge supérstite, otros huérfanos inicien gestión de reconocimiento y cobro dentro del término y en las condiciones señaladas en la Ley del Seguro Social.

4º Habiéndolas reconocido o pagado a más de tres huérfanos de padre o de madre, el cónyuge supérstite inicie gestión de reconocimiento y pago dentro del término y en las condiciones señaladas en la Ley del Seguro Social.

5º Habiéndolas reconocido o pagado a dos huérfanos de padre o de madre, simultáneamente al cónyuge supérstite, otros huérfanos inicien

gestión de reconocimiento y cobro, dentro del término y en las condiciones señaladas en la Ley del Seguro Social.

Segunda.—Cuando el Instituto Mexicano del Seguro Social otorga o paga en demasía pensiones de orfandad o de viudez, los pensionados que las reciben se enriquecen sin causa y el Instituto paga lo indebido, con el consiguiente perjuicio económico que no debe, en derecho, afectar ni a los huérfanos ni al cónyuge que reclamen su pensión con posterioridad a aquéllos a quienes primero se les reconoció o pagó, ni al Instituto, sino a los huérfanos o cónyuge que primero percibieron pensión.

Tercera.—Los efectos del enriquecimiento sin causa y del pago de lo indebido de que habla la conclusión anterior se traducen en:

1º Obligación de los pensionados enriquecidos sin causa, de restituir al Instituto lo indebidamente recibido; y

2º Acción del Instituto para reclamar, junto con la restitución de lo que indebidamente pagó, el cobro de intereses correspondientes, si el pensionado enriquecido sin causa procedió de mala fé.