

S E N T E N C I A

Aguascalientes, Aguascalientes, al día veintinueve de octubre del año dos mil veintiuno.-

V I S T O S, para resolver los autos del expediente número **0043/2021**, que en la vía **ORAL MERCANTIL**, promueve *******, en contra del ******* y, siendo el estado de los autos de dictar la sentencia definitiva, se pronuncia la misma al tenor de los siguientes:

C O N S I D E R A N D O S :

I.- *******, le demanda al *******, el pago y cumplimiento de las siguientes prestaciones:

"A).- *La declaración judicial de nulidad absoluta; y en vía de consecuencia jurídica, la restitución de la cantidad total de \$109,900.00 (CIENTO NUEVE MIL NOVECIENTOS PESOS 00/100 M.N.), como suerte principal y con motivo de supuestos cargos aplicados a la cuenta *******, los días 07 y 08 del mes de febrero del 2020, consistentes en diversas operaciones monetarias cuyos montos y operaciones desconozco y niego haber dado mi consentimiento para llevarlas a cabo.-*

B).- *El pago de los intereses moratorios que se generan a razón de la tasa bancaria aplicable; o bien, el interés legal sobre la suerte principal, a partir de los días 07 y 08 del mes de febrero del 2020, fechas en que la Institución Bancaria hizo los cargos correspondientes y hasta la restitución de mis derechos.-*

C).- *En vía de consecuencia jurídica, la devolución de la cantidad total de \$18,550.18 (DIECIOCHO MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS 18/100 M.N.) aplicados en la cuenta 5470-9681-0774-9416, derivados de la tarjeta de crédito "****" número *******, por las cantidades pagadas para el año 2020, para febrero y marzo de \$2,039.56 (DOS MIL TREINTA Y NUEVE PESOS 56/100 M.N.), para abril y mayo de \$6,051.62 (SEIS MIL CINCUENTA Y UN PESOS 62/100 M.N.), en junio \$878.00 (OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS 00/100 M.N.), y \$10.00 (DIEZ PESOS 00/100 M.N.), en julio de \$1,365.00 (MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS 00/100 M.N.), en agosto de \$1,364.00 (MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS 00/100 M.N.), en septiembre de \$1,370.00 (MIL TRESCIENTOS SETENTA PESOS 00/100 M.N.), en octubre*

de \$1,369.00 (MIL TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS 00/100 M.N.), en noviembre de \$1,368.00 (UN MIL TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS 00/100 M.N.), en diciembre de \$1,366.00 (MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS 00/100 M.N.) y para el año 2021, en enero de \$1,369.00 (MIL TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS 00/100 M.N.).-

Lo anterior con motivo de pagos programados en un plan de pagos fijos a 36 mensualidades, con el objeto de liquidar la supuesta deuda adquirida y no ver afectado mi historial crediticio, bajo la intimidación del banco vía telefónica de iniciar acciones legales en caso de no pagar, más aquellos pagos que sigan generando por estos conceptos.-

D).- En vía de consecuencia jurídica, la devolución de la cantidad total de \$24,564.61 (VEINTICUATRO MIL QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS 61/100 M.N.), aplicados en la cuenta ***, derivados de la tarjeta de crédito **** número ***, por las cantidades pagadas para el año 2020, para febrero y marzo del año 2020 de \$1,630.98 (MIL SEISCIENTOS TREINTA PESOS 98/100 M.N.), para abril y mayo de \$9,706.03 (NUEVE MIL SETECIENTOS SEIS PESOS 03/100 M.N.), en junio de \$1,435.30 (MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS 30/100 M.N.), en julio de \$1,449.00 (MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS 00/100 M.N.), y en agosto de \$1,532.00 (UN MIL QUINIENTOS TREINTA Y DOS PESOS 00/100 M.N.), y en septiembre de \$1,608.00 (MIL SEISCIENTOS OCHO PESOS 00/100 M.N.), en octubre de \$1,700.00 (MIL SETECIENTOS PESOS 00/100 M.N.) en noviembre de \$1,763.00 (MIL SETECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS 00/100 M.N.), en diciembre de \$1,788.00 (MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS 00/100 M.N.), y para el año 2021, en Enero de \$1,952.30 (MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS 00/100 M.N.).-

Lo anterior con motivo de pagos programados en un plan de pagos fijos a 36 mensualidades, con el objeto de liquidar la supuesta deuda adquirida y no ver afectado mi historial crediticio, bajo la intimidación del banco vía telefónica de iniciar acciones legales en caso de no pagar, más aquellos pagos que sigan generando por estos conceptos.-

E).- En virtud de las prestaciones reclamadas en los incisos C) y D), la cancelación de los intereses y comisiones o cualquier otro importe generado

o que se me continúen generando con motivo de los cargos indebidos" (Transcripción literal visible a foja 2 y 3 vuelta de los autos).-

II.- ***, al dar contestación a la demanda, negó adeudar las prestaciones que le son reclamadas.-

Según lo prevé el artículo 1077 del Código de Comercio, las sentencias definitivas deberán ser congruentes con la demanda y con su contestación, además, deberán de decidir todos los puntos litigiosos objeto del debate.-

III.- Para lo anterior, se debe de tener en cuenta el artículo 1390 Bis 36 del Código de Comercio, el cual prevé que en la Audiencia Preliminar las partes pueden fijar acuerdos sobre hechos para que sean no controvertidos, los que, conforme al artículo 200 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria al de Comercio, se deben tener por demostrados.-

En éste juicio son los siguientes:

A.- Que existe un contrato entre *** con ***.-

B.- Que ese contrato es de servicios bancarios.-

C.- Que se expidieron dos tarjetas de crédito, y una de débito, con motivo del contrato entre las partes, a favor de ***.-

D.- Que sí existen las operaciones bancarias.-

E.- Que existe un reporte que generó dos folios que efectuó *** a ***.-

F.- Que *** comunicó a la parte actora *** la improcedencia de su reclamación.-

G.- Que *** acudió a la etapa conciliatoria en la CONDUSEF, no obtuvo resultado favorable y se dejaron a salvo su derechos.-

También se debe de tener en cuenta el artículo 1077 del Código de Comercio, que ordena

que la decisión de puntos litigiosos, que excluye los hechos en que las partes concuerdan, según el artículo 200 del Código Federal de Procedimientos Civiles, supletorio al de Comercio, se deben tener por demostrados.-

En éste juicio son los siguientes:

A.- Que el número que corresponde a la cuenta de *** tiene el número *** y las tarjetas *** y ***.-

B.- Que las operaciones cuestionadas se hicieron de la cuenta ***.-

IV.- Ahora, se procede a resolver la litis, como las acciones y excepciones opuestas, lo que se hace en los siguientes términos:-

A.- Como las partes son conformes en que existe un contrato de operaciones bancarias, quedó demostrado ese pacto entre las partes.-

B.- Como las partes fueron conformes en que *** con la actora pactaron autorización para que ésta realice operaciones de banca, ahora deberá de decidirse la controversia sobre las disposiciones a través de dicha banca y los demás medios que se emplearon.-

C.- Por razón de lo anterior, como las partes discuten aquí si existe el consentimiento de *** en las citadas operaciones, el punto de litis, es si las autorizó o no mediante el uso de la banca electrónica y los medios que le proporcionó el banco.-

D.- Como *** en el presente caso sostiene que los días siete y ocho de febrero del dos mil veinte, se efectuaron transferencias por banca mediante operaciones que no reconoce y no autorizó, por CIENTO NUEVE MIL NOVECIENTOS PESOS, que reclama su restitución, ya que asegura no existe su autorización para dichas operaciones.-

Como ***, afirma que no efectuó las operaciones que ya se mencionaron, sostiene que no otorgó su voluntad mediante los medios que otorgó el banco, a lo que ***, afirma que se efectuaron las operaciones con los medios de identificación por la actora mediante la banca electrónica y claves de acceso, por ello afirma sí son válidas.-

E.- Como no se discute si hubo o no los cargos, ya que el banco aceptó que se hicieron con cargo a la cuenta de la actora, ahora se decidirá la litis.-

F.- En razón de lo anterior, ahora se debe repartir la carga de la prueba.-

Cabe señalar que por tratarse el juicio sobre operaciones bancarias, hay reglas especiales sobre este tipo de operaciones, a las que se debe atender, como a continuación se expone.-

Ahora, se analizará el hecho que sirve de base a la actora, en el sentido que no otorgó su consentimiento en las operaciones.-

Ahora, la fiabilidad del mecanismo por el cual se efectúan transferencias electrónicas de dinero mediante el empleo de la banca electrónica, si el cuentahabiente niega que dio su autorización al banco para realizar la transferencia, en tanto que la institución bancaria afirma que sí recibió la instrucción, le corresponde a ésta soportar la carga probatoria para acreditar que se realizaron con los elementos de seguridad que garanticen la certeza de esas operaciones.-

En ese sentido, no puede presumirse la fiabilidad de la banca electrónica a partir de que exista una transferencia con el uso de determinado mecanismo de autenticación por parte del usuario, pues dicha presunción solamente se puede alcanzar si la institución bancaria demuestra que siguió el procedimiento que le imponen las Disposiciones de

Carácter General, y aplicables a las Instituciones de Crédito que emite la Comisión Nacional Bancaria y Valores, luego, una vez acreditado que sí siguió el procedimiento normativamente exigido para la operación impugnada, y que no se tuvo conocimiento de algún incidente que comprometiera los datos del cuentahabiente, sólo entonces se puede revertir la carga de la prueba al usuario quien tendría ahora el deber de desvirtuar lo aportado por aquélla.-

Si el banco siguió el procedimiento exigido para la operación impugnada, además que no tuvo conocimiento de incidentes que comprometieran los datos del cuentahabiente, entonces la carga de la prueba se revertirá al usuario.-

Justifica la conclusión antes asumida, la siguiente jurisprudencia.-

TESIS JURISPRUDENCIAL 17/2021 (10a.)

TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS BANCARIAS.

CUANDO SE RECLAME SU NULIDAD, CORRESPONDE A LA INSTITUCIÓN BANCARIA DEMOSTRAR QUE SE SIGUIERON LOS PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS NORMATIVAMENTE PARA ACREDITAR SU FIABILIDAD.-

HECHOS: Los Tribunales Colegiados de Circuito contendientes sostuvieron posturas distintas respecto a quién correspondía demostrar, en un juicio de naturaleza mercantil, la fiabilidad del mecanismo por el cual se efectuaron transferencias electrónicas de recursos mediante la utilización de plataformas digitales; así, uno estimó que cuando el cuentahabiente niega haber dado su autorización al banco para realizar la transferencia y la institución de crédito afirma que sí recibió la instrucción, corresponde al primero demostrar que el sistema que opera las firmas electrónicas carece de fiabilidad y, por tanto, que su cuenta sabotada electrónicamente; mientras que el otro sostuvo lo contrario, es decir, que corresponde a la institución bancaria soportar la carga probatoria de acreditar que las mismas se realizaron mediante el uso de los elementos de seguridad empleados para garantizar la certeza de las operaciones.-

CRITERIO JURÍDICO: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que no

puede presumirse la fiabilidad de la banca electrónica a partir de la mera acreditación de que una transferencia se llevó a cabo utilizando un determinado mecanismo de autenticación por parte del usuario.- Al respecto, se establece que dicha presunción solamente se puede obtener una vez que la institución bancaria demuestre haber seguido el procedimiento exigido por las Disposiciones de Carácter General, aplicables a las Instituciones de Crédito, emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y Valores.- En ese sentido, una vez acreditado que se siguió debidamente el procedimiento normativamente exigido de la institución financiera para la operación impugnada y que no se tuvo conocimiento de incidentes que comprometieran los datos del cuentahabiente, sólo entonces la carga de la prueba se le revertirá al usuario quien tendrá el deber de desvirtuar lo aportado por aquélla.-

JUSTIFICACIÓN: Las disposiciones aludidas establecen la previsión de contenidos mínimos para el funcionamiento de la banca electrónica tratándose de las transferencias de recursos, dentro de los que destacan: a) la introducción de mecanismos complejos de autenticación del usuario divididas en cuatro categorías; b) el establecimiento de operaciones con las cantidades dinerarias máximas que pueden llevarse a cabo bajo determinado medio de autenticación; c) la necesidad de registrar previamente las cuentas de destino, así como el período mínimo que debe transcurrir antes de poder realizar la transferencia, según sea el caso; y, d) la obligación de generar comprobantes y notificar al usuario de las transacciones.-Sin embargo, a partir de que actualmente se conocen diversas maneras de poder obtener fraudulentamente datos de los clientes o vulnerarse contenido electrónico para realizar operaciones sin el consentimiento de los usuarios, la presunción en el sentido de que las transferencias mediante mecanismos electrónicos son infalibles no puede prosperar, por lo que no es posible trasladar, en un primer momento, la carga de la prueba al usuario del servicio; máxime si se considera la tecnicidad de los sistemas digitales por medio de los cuales se presta el servicio de la banca electrónica lo que representa un obstáculo excesivo a efecto de que el usuario del servicio pudiera demostrar su pretensión, además de que el banco

es quien cuenta con la infraestructura necesaria para generar la evidencia presentada ante los órganos jurisdiccionales. De manera tal que la institución financiera es quien debe acreditar que los procedimientos de identificación que fueron utilizados durante la transacción y que fueron acordados con el usuario se emitieron correctamente, además de la fiabilidad del procedimiento que se utilizó para autorizar la transacción.- Consecuentemente, una vez acreditado que se siguió el procedimiento normativamente exigido de la institución financiera para la operación impugnada y que no se tuvo conocimiento de incidentes que comprometieran los datos del cuentahabiente, sólo entonces la carga de la prueba se revertirá al usuario quien tendrá el deber de desvirtuar lo aportado por aquélla, sin que lo anterior implique la imposición a los bancos de una carga imposible consistente en la demostración de la fiabilidad abstracta de todo su sistema ante cualquier tipo de riesgo, sino sólo de aquellos que se pudieran llegar a materializar.-

Contradicción de tesis 206/2020.

Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Décimo Sexto Circuito y el Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.17 de marzo de 2021. Cinco votos de las Ministras Norma Lucía Piña Hernández, Ana Margarita Ríos Farjat, y los Ministros Juan Luis González Alcántara Carrancá, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Jorge Arriaga Chan Temblador. Tesis y/o criterio.-

G.- Ahora se analizan las pruebas de la parte demandada, para determinar si demuestra o no los elementos antes referidos.-

El hecho motivo de la prueba, es que el banco acredite en este que siguió el procedimiento normativamente exigido para la operación impugnada y, además, que no tuvo conocimiento de incidentes que comprometieran los datos del cuentahabiente.-

Para los efectos precisados, el banco ofreció la prueba pericial, pero según consta de los registros de la Audiencia de Juicio Oral del diecinueve de octubre del año dos mil veintiuno, se desistió de su desahogo.-

La última jurisprudencia transcrita, se produjo por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con la siguiente conclusión:

...que no puede presumirse la fiabilidad de la banca electrónica a partir de la mera acreditación de que una transferencia electrónica de dinero se llevó a cabo utilizando un determinado mecanismo de autenticación por parte del usuario. A juicio de este Alto Tribunal, dicha presunción solamente se puede obtener una vez que la institución bancaria demuestre haber seguido el procedimiento exigido normativamente para la realización de la operación de que se trate.

Luego, la institución bancaria debió de demostrar que la operación cumplió igualmente con el procedimiento previsto en las Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; que el mecanismo de autenticación sí correspondía a cuantía y formato de la operación, y notificación al usuario de la operación.-

Además, como es una cuestión de hecho que se rige por conocimientos en una ciencia, debe ser probado por una prueba pericial, conforme a lo que prevé el artículo 1252 del Código de Comercio, o bien documento oficial de la Comisión Bancaria y de Valores que lo autentifique o faculte para tal efecto.-

En conclusión, como le corresponde la carga de la prueba al banco demandado de que el sistema funcionó correctamente, como no ofreció la prueba correspondiente, no demostró su dicho.-

H.- Ahora, en la causa del pedir, la parte actora afirma que el siete y ocho de febrero

del año dos mil veinte se hicieron disposiciones en su cuenta, que no autorizó.-

El banco demandado sostiene que por el indebido manejo que hizo la parte actora de los elementos de la banca electrónica, hay negligencia de su parte, lo que excluye de la responsabilidad al banco.-

Como ambas partes coinciden en que la banca electrónica opera mediante el uso de medios electrónicos, que son las tarjetas y los medios de ingreso al portal del banco, como el NIP, y que se proporcionaron al cliente, es claro que se deben usar todos estos elementos por el cliente para que la operación bancaria de transferencia de dinero sea exitosa.-

Ahora, cuando se demanda la nulidad de actos emitidos con motivo del uso de este tipo de operaciones bancarias, cuya autenticación se haya originado mediante la digitación de un número de identificación personal, y como el usuario negó en este caso haberlas realizado, es a la institución bancaria a quien corresponde ofrecer las pruebas pertinentes que lo acrediten.-

Lo anterior se justifica, aun y cuando la institución bancaria demandada exprese que las operaciones se efectuaron con medios electrónicos y firma electrónica del cuentahabiente, para poder presumir su existencia y validez, como es un hecho que afirma, es el banco el que tiene la obligación de aportar las pruebas pertinentes.-

Lo anterior para demostrar que fue la propia usuaria quien realizó las operaciones, que fue emisora de la autorización mediante la firma electrónica, ingreso al portal del banco el número de cliente y NIP.-

Lo anteriormente afirmado se debe a que las instituciones bancarias se encuentran en una

posición dominante en la relación de consumo, por lo que están obligadas a garantizar la seguridad en las operaciones que lleven a cabo con motivo de los contratos celebrados con sus clientes, ya que cuentan con los dispositivos respectivos.-

Y, como están encargadas de implementar las medidas de seguridad para poder verificar los montos de las disposiciones o los cargos, también la efectiva utilización de la banca, que cuenta con mecanismo el número de identificación personal de los usuarios o las cuentas electrónicas.- Por tanto, si la institución financiera quiere gozar de la presunción legal de tener como emisor al que envió el mensaje de datos, deberá probar en juicio lo siguiente:

Primero.- El uso de los procedimientos de identificación que fueron utilizados durante la transacción.-

Segundo.- Que el uso de los mecanismos y los procedimientos fueron los acordados con el usuario.-

Tercero.- Que los procedimientos y los mecanismos cumplen con los requisitos previstos para la verificación de la fiabilidad de la firma electrónica, esto para tener certeza que los datos de creación del mensaje en el contexto en que se utilizaron corresponden exclusivamente al emisor.-

Cuarto.- Que el sistema no haya sido alterado por algún agente externo.-

Quinto.- La exhibición de los elementos para demostrar la fiabilidad del método utilizado para la generación de la firma, por lo que debe la institución bancaria acreditar que no se vulneró el sistema durante la transacción, y que tomó las medidas de seguridad necesarias.-

Justifica lo anterior la jurisprudencia por contradicción de tesis, que emitió la Primera

Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,
que se transcribe a continuación.-

TESIS JURISPRUDENCIAL 16/2019 (10a.)

NULIDAD DE PAGARÉ (VOUCHER). CARGA DE LA PRUEBA DE LAS OPERACIONES EFECTUADAS MEDIANTE EL USO DE TARJETA BANCARIA AUTORIZADAS A TRAVÉS DE LA DIGITACIÓN DEL NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN PERSONAL (NIP) EN DISPOSITIVOS DENOMINADOS "TERMINAL PUNTO DE VENTA".

Cuando se demanda la nulidad de los vouchers emitidos con motivo del uso de una tarjeta bancaria cuya autenticación se originó mediante la digitación de un número de identificación personal, porque el usuario niega haberlos realizado, es la institución bancaria quien está obligada a ofrecer las pruebas pertinentes que acrediten que fue el propio usuario quien realizó dicha transacción. Lo anterior encuentra justificación, porque con independencia de que la institución bancaria demandada exprese que la operación reclamada se efectuó a través de medios electrónicos utilizando la firma electrónica del cuentahabiente mediante el tecleo de su número de identificación personal (NIP), lo que presuntivamente acredita la existencia y validez de las transacciones; sin embargo, es ésta la que tiene la obligación de aportar las pruebas pertinentes con las que se demuestre que fue el propio usuario quien realizó tales operaciones, esto es, que se trató del emisor de la autorización mediante la firma electrónica. Ello, en virtud de que las instituciones bancarias prestadoras del servicio son las que se encuentran en una posición dominante en la relación de consumo, por lo que están obligadas a garantizar la seguridad en todas las operaciones que se lleven a cabo con motivo de los contratos celebrados con sus clientes, pues son ellas las que cuentan con dispositivos y mecanismos que facilitan la aportación de pruebas, al ser las encargadas de la implementación de las medidas de seguridad a efecto de poder verificar no sólo los montos de las disposiciones o los cargos, sino la efectiva utilización de la tarjeta que cuenta con mecanismo chip y del número de identificación personal de los usuarios. Por tanto, si la institución financiera quiere gozar de la presunción legal de tener como emisor al que envió el mensaje de datos, deberá probar los procedimientos de identificación que fueron

utilizados durante la transacción y que fueron acordados con el usuario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 310 de las Disposiciones de carácter general aplicables a las Instituciones de Crédito; y que esos procedimientos cumplen con los requisitos previstos para la verificación de la fiabilidad de las firmas electrónicas, esto es, que los datos de creación del mensaje en el contexto en que se utilizaron, corresponden exclusivamente al emisor, sin que el sistema en sí mismo haya sido alterado por algún agente externo. Sin que sea obstáculo a lo anterior, la regla establecida en el artículo 1196 del Código de Comercio de que corresponde probar al que niega, cuando al hacerlo desconoce la presunción legal que tiene a su favor el colitigante; pues si bien ello podría en principio trasladar la carga de la prueba al usuario, pues de conformidad con el artículo 90 Bis del mismo ordenamiento legal, la institución financiera cuenta con la presunción legal de tener como emisario al usuario y actuar en consecuencia cuando se haya aplicado el método de identificación acordado, como puede ser el uso de la tarjeta bancaria al cual se encuentra integrado un chip con el número de identificación asociado, que una vez tecleado fue verificado por la institución bancaria dando como resultado que en el voucher se insertara la leyenda: "NIP VERIFICADA o PIN VERIFIED"; sin embargo para que el juez esté en aptitud de aplicar esa presunción se necesita la exhibición de mayores elementos para demostrar la fiabilidad del método utilizado para la generación de la firma.- Así, una vez que la institución bancaria haya acreditado que no se vulneró el sistema durante la transacción y que tomó las medidas de seguridad necesarias; entonces la carga de la prueba se le revertirá al usuario quien tendrá el deber de desvirtuar lo aportado por aquélla.

Contradicción de tesis 128/2018. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito. 9 de enero de 2019. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros: Norma Lucía Piña Hernández, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo

Gutiérrez Ortiz Mena y Juan Luis González Alcántara Carrancá.- Ausente: Luis María Aguilar Morales. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario. Jorge Arriaga Chan Temblador.-

Luego, en virtud de que ***, negó que ella usó el mecanismo de la banca electrónica y que no utilizó su firma electrónica, mientras que ***, afirma que su contraria sí usó la banca electrónica y firma, corresponde al banco la carga de la prueba para demostrar los cinco puntos referidos.-

Las demás documentales ofrecidas por la parte demandada solo demuestran el pacto entre las partes y la descripción de las operaciones, al igual que la documental a la que se adhirió de la parte demandada, copias que expide la CONDUSEF.-

I.- Según consta en el hecho 5 de la contestación a la demanda, el banco afirmó que la operación se realizó con presencia de los medios electrónicos que proporcionó y número confidencial otorgado, ya que es la única forma de acceder a la banca electrónica para efectuar las operaciones.-

Como éste hecho lo introduce la parte demandada, conforme al artículo 1195 del Código de Comercio, corresponde al demandado ***, demostrar su dicho.-

Además, como se dijo, es en este tipo de operaciones que le corresponde al banco probar que las operaciones cuestionadas se efectuaron en términos correctos.-

Ahora, cabe señalar que por tratarse este juicio sobre operaciones bancarias, existen reglas especiales sobre este tipo de operaciones, a las que se debe atender, como a continuación se expone.-

Ahora, la fiabilidad del mecanismo por el cual se efectúan transferencias electrónicas de

dinero mediante el empleo de la banca electrónica, si el cuentahabiente niega que dio su autorización al banco para realizar la transferencia, en tanto que la institución bancaria afirma que sí recibió la instrucción, le corresponde a ésta soportar la carga probatoria para acreditar que se realizaron con los elementos de seguridad que garanticen la certeza de esas operaciones.-

En ese sentido, no puede presumirse la fiabilidad de la banca electrónica a partir de que exista una transferencia con el uso de determinado mecanismo de autenticación por parte del usuario, pues dicha presunción solamente se puede alcanzar si la institución bancaria demuestra que cumplió las reglas sobre las operaciones cuestionadas en los procedimientos respectivos.-

Resulta que existen procedimientos que imponen las Disposiciones de Carácter General de aplicación para las Instituciones de Crédito, que emite la Comisión Nacional Bancaria y Valores, que determinan como deben acreditar que siguieron el procedimiento para operaciones impugnadas, que son las siguientes: que no tuvo conocimiento de algún incidente que comprometiera los datos del cliente, para revertir la carga de la prueba, quien tendría el deber de desvirtuar lo aportado por aquélla.-

Solo si la Institución bancaria siguió el procedimiento legal para la operación impugnada y, además que no tuvo conocimiento de incidentes que comprometieran los datos del cuentahabiente, entonces la carga de la prueba se podrá revertir al usuario.-

Justifica la conclusión antes asumida, la siguiente jurisprudencia.-

TESIS JURISPRUDENCIAL 17/2021 (10a.)

TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS BANCARIAS.

CUANDO SE RECLAME SU NULIDAD, CORRESPONDE A LA INSTITUCIÓN BANCARIA DEMOSTRAR QUE SE SIGUIERON LOS

PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS NORMATIVAMENTE PARA ACREDITAR SU FIABILIDAD.-

HECHOS: Los Tribunales Colegiados de Circuito contendientes sostuvieron posturas distintas respecto a quién correspondía demostrar, en un juicio de naturaleza mercantil, la fiabilidad del mecanismo por el cual se efectuaron transferencias electrónicas de recursos mediante la utilización de plataformas digitales; así, uno estimó que cuando el cuentahabiente niega haber dado su autorización al banco para realizar la transferencia y la institución de crédito afirma que sí recibió la instrucción, corresponde al primero demostrar que el sistema que opera las firmas electrónicas carece de fiabilidad y, por tanto, que su cuenta sabotada electrónicamente; mientras que el otro sostuvo lo contrario, es decir, que corresponde a la institución bancaria soportar la carga probatoria de acreditar que las mismas se realizaron mediante el uso de los elementos de seguridad empleados para garantizar la certeza de las operaciones.-

CRITERIO JURÍDICO: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que no puede presumirse la fiabilidad de la banca electrónica a partir de la mera acreditación de que una transferencia se llevó a cabo utilizando un determinado mecanismo de autenticación por parte del usuario.- Al respecto, se establece que dicha presunción solamente se puede obtener una vez que la institución bancaria demuestre haber seguido el procedimiento exigido por las Disposiciones de Carácter General, aplicables a las Instituciones de Crédito, emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y Valores.- En ese sentido, una vez acreditado que se siguió debidamente el procedimiento normativamente exigido de la institución financiera para la operación impugnada y que no se tuvo conocimiento de incidentes que comprometieran los datos del cuentahabiente, sólo entonces la carga de la prueba se le revertirá al usuario quien tendrá el deber de desvirtuar lo aportado por aquélla.-

JUSTIFICACIÓN: Las disposiciones aludidas establecen la previsión de contenidos mínimos para el funcionamiento de la banca electrónica tratándose de las transferencias de recursos, dentro de los que destacan: a) la introducción de mecanismos complejos de autenticación del usuario divididas en

cuatro categorías; b) el establecimiento de operaciones con las cantidades dinerarias máximas que pueden llevarse a cabo bajo determinado medio de autenticación; c) la necesidad de registrar previamente las cuentas de destino, así como el periodo mínimo que debe transcurrir antes de poder realizar la transferencia, según sea el caso; y, d) la obligación de generar comprobantes y notificar al usuario de las transacciones.- Sin embargo, a partir de que actualmente se conocen diversas maneras de poder obtener fraudulentamente datos de los clientes o vulnerarse contenido electrónico para realizar operaciones sin el consentimiento de los usuarios, la presunción en el sentido de que las transferencias mediante mecanismos electrónicos son infalibles no puede prosperar, por lo que no es posible trasladar, en un primer momento, la carga de la prueba al usuario del servicio; máxime si se considera la tecnicidad de los sistemas digitales por medio de los cuales se presta el servicio de la banca electrónica lo que representa un obstáculo excesivo a efecto de que el usuario del servicio pudiera demostrar su pretensión, además de que el banco es quien cuenta con la infraestructura necesaria para generar la evidencia presentada ante los órganos jurisdiccionales. De manera tal que la institución financiera es quien debe acreditar que los procedimientos de identificación que fueron utilizados durante la transacción y que fueron acordados con el usuario se emitieron correctamente, además de la fiabilidad del procedimiento que se utilizó para autorizar la transacción.- Consecuentemente, una vez acreditado que se siguió el procedimiento normativamente exigido de la institución financiera para la operación impugnada y que no se tuvo conocimiento de incidentes que comprometieran los datos del cuentahabiente, sólo entonces la carga de la prueba se revertirá al usuario quien tendrá el deber de desvirtuar lo aportado por aquélla, sin que lo anterior implique la imposición a los bancos de una carga imposible consistente en la demostración de la fiabilidad abstracta de todo su sistema ante cualquier tipo de riesgo, sino sólo de aquellos que se pudieran llegar a materializar.-

Contradicción de tesis 206/2020.

Entre las sustentadas por el Primer Tribunal

Colegiado en Materia Civil del Décimo Sexto Circuito y el Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.17 de marzo de 2021. Cinco votos de las Ministras Norma Lucía Piña Hernández, Ana Margarita Ríos Farjat, y los Ministros Juan Luis González Alcántara Carrancá, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Jorge Arriaga Chan Temblador. Tesis y/o criterio.-

Luego, las pruebas deben demostrar que el banco siguió el procedimiento normativamente exigido para la operación impugnada, y que no hubo incidentes que comprometieran datos del cliente.-

La última jurisprudencia transcrita, contiene la siguiente conclusión, según la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con lo siguiente:

...que no puede presumirse la fiabilidad de la banca electrónica a partir de la mera acreditación de que una transferencia electrónica de dinero se llevó a cabo utilizando un determinado mecanismo de autenticación por parte del usuario. A juicio de este Alto Tribunal, dicha presunción solamente se puede obtener una vez que la institución bancaria demuestre haber seguido el procedimiento exigido normativamente para la realización de la operación de que se trate.

Luego, la institución bancaria debe de demostrar que la operación cumplió igualmente con el procedimiento previsto en las Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; que el mecanismo de autenticación sí correspondía a cuantía y formato de la operación, y notificación al usuario de la operación.-

Además, como es una cuestión de hecho que se rige por conocimientos en una ciencia, debe ser probado por una prueba pericial, conforme a lo que prevé el artículo 1252 del Código de Comercio,

o bien documento oficial de la Comisión Bancaria y de Valores que lo autentifique para tal efecto.-

El banco demandado no desahogó prueba pericial.- La prueba era para probar el conjunto de las condiciones que fijó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaladas, que se enumerarán.-

1. El uso de los procedimientos de identificación que se utilizaron durante la transacción.-

2.- Que el uso de los mecanismos y los procedimientos, son los acordados con el usuario.-

3.- Que los procedimientos y los mecanismos cumplen con los requisitos previstos para la verificación de la fiabilidad de la firma electrónica.-

4.- Que los datos de creación del mensaje utilizado corresponde solo al emisor.-

5.- Que el sistema no haya sido alterado por algún agente externo.-

6.- Que se demuestre la fiabilidad del método utilizado para la generación de la firma.-

7.- Que no se vulneró el sistema durante la transacción.-

8.- Que el banco tomó las medidas de seguridad para asegurarse que la operación cumplió con el procedimiento previsto en las Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.-

9.- Que el mecanismo de autenticación correspondía a la cuantía y formato de la operación, y notificación al usuario de la operación.-

Lo anterior según las 2 jurisprudencias invocadas sobre la carga de la prueba respecto a las operaciones bancarias motivo del juicio.-

Luego entonces, en virtud de que *** negó que ella utilizó los mecanismos de la banca electrónica que le fueron proporcionados, mientras que ***, afirma que aquélla sí utilizó la banca electrónica y su firma, corresponde según lo expuesto al banco la carga de la prueba en este caso para demostrar los nueve puntos referidos.-

Para los efectos antes precisados, se señala que obra en el juicio el estado de cuenta y el informe que rinde dicha Institución de Crédito ante la CONDUSEF, foja 22 a 25, y 57 a 64, que solo corroboran los movimientos en la cuenta.-

Tampoco aportó la prueba que demuestre que dicha operación solo se practicó con todos los elementos que proporcionó el banco a la actora.-

En conclusión, de acuerdo a los puntos de la carga de la prueba repartidos al banco, no demostró los nueve puntos ya referidos, por lo que se declara improcedente ésta excepción.-

J.- Ahora se analizan las excepciones que opone el banco, conforme a lo siguiente:

Primera.- Sostiene el banco, que todas las operaciones fueron mediante banca electrónica por la actora y con los medios que proporcionó.-

En este caso no desahogó una prueba que demuestre que todas las operaciones cuestionadas las hizo ***, por lo que si tenía la carga de la prueba, sin haber desahogado una sobre este hecho, se debe tener por no probada la excepción.-

Segunda.- Sostiene el banco que como la tarjeta-habiente tenía a su disposición la tarjeta y los medios para efectuar las operaciones, con los que se ejecutaron éstas, existe la presunción de que la actora las efectuó.-

Ahora bien, como se dijo, si el banco quiere disfrutar de la presunción, debe probar que el sistema no se vulneró y fue la tarjetahabiente, quien las efectuó, lo que no hizo, por lo que, por la falta de prueba, debe prevalecer el dicho de la actora.-

Tercera.- Sostiene el banco que todas las operaciones, de acuerdo a lo pactado, solo son atribuibles a la cuentahabiente, pues es la única

persona que conoce las claves de acceso a la banca electrónica y los medios que lo permiten.-

Como ya se dijo, la carga de la prueba para demostrar que fue la usuaria quien realizó las operaciones, como le corresponde al banco.-

Como no aportó ni una prueba que en el presente caso demuestre que la usuaria ingresó con los elementos e hizo las disposiciones motivo del juicio y que no se vulneró el sistema durante esas transacciones, no procede su dicho.-

Cuarta.- Sostiene el banco que como la actora no se demostró ninguna irregularidad por la actora en las transacciones, el banco no resulta ser responsable de ellas.-

Se reiteran las mismas razones que ya se señalaron, respecto a la carga de la prueba al banco, que no demostró, por lo que la carga de la prueba no era de la actora, sino del banco, que no demostró que fue la parte actora quien hizo las operaciones.-

Quinta.- Sostiene la parte demandada que no procede condena al pago de intereses a su cargo de manera oficiosa, pues no hay mora en el pago de deudas en este caso.-

También se condena al pago del interés moratorio del seis por ciento anual, a partir del día que se requiera por el cumplimiento voluntario de la sentencia, y hasta la total solución del adeudo, esto de conformidad con el artículo 364 del Código de Comercio.- Esto es así, pues no hay un incumplimiento del banco por la nulidad sino desde el requerimiento, obligación que le resulta aplicable a todo contrato de carácter comercial en los que el deudor deba pagar un interés moratorio, según la siguiente jurisprudencia.-

TESIS JURISPRUDENCIAL 61/2020 (10a.)

CARGOS NO RECONOCIDOS A TARJETA DE DÉBITO. PROCEDE EL PAGO DE INTERESES MORATORIOS POR LA

FALTA O RETRASO EN LA RETRIBUCIÓN DE LAS CANTIDADES SUSTRÁIDAS, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 362 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

HECHOS: Dos tribunales colegiados de la misma especialidad, pero de distinto circuito, llegaron conclusiones distintas sobre la procedencia del pago de intereses moratorios, en términos del artículo 362 del Código de Comercio, a cargo de la institución bancaria, cuando se han hecho cargos no reconocidos por el titular de la cuenta de depósito a que se vincula la tarjeta de débito y aquélla no retribuye de inmediato las cantidades sustraídas en perjuicio del cuentahabiente.-

CRITERIO JURÍDICO: La Primera Sala resolvió que cuando el titular de una cuenta de depósito de dinero denuncie retiros no autorizados mediante el uso de tarjeta de débito, la institución bancaria debe retribuir las cantidades retiradas y, en caso de no hacerlo, pagar intereses ordinarios y moratorios por el retraso en que incurra a razón del 6%; pues en el contrato de depósito de dinero el depositario tiene un deber de cuidado sobre el dinero que le entrega el depositante.-

JUSTIFICACIÓN: Del análisis sistemático a los artículos 267, 271, 272 y 273 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; 332, 333, 334, 335 y 338 del Código de Comercio, 46, 48, fracción I, y 48 bis 2 de la Ley de Instituciones de Crédito y demás aplicables en materia bancaria, tratándose de cargos no reconocidos efectuados con tarjeta de débito, la institución financiera depositaria tiene obligación de conservación y restitución del dinero cuya propiedad le transfirió el cuentahabiente y, por ende, cuando ocurre esta situación, tendrá el deber de responder por los montos sustraídos.- En este sentido, del Código de Comercio se desprende lo siguiente: 1. El reembolso de cargos no reconocidos por el titular de una tarjeta de débito, vinculada a una cuenta de depósito de dinero abierta en una institución bancaria sí constituye una obligación a cargo de ésta como depositaria; pues aunque detenta la propiedad del dinero incurre en negligencia en la conservación de los fondos entregados para ser retirados a la vista por el depositante, y; 2. La obligación de reembolso en el caso de cargos no reconocidos se contrae cuando el titular de la tarjeta

de débito denuncia el hecho a la institución y solicita su restitución.- Conforme a estas premisas, el depositario tiene el deber de conservación del patrimonio y de restitución cuando, entre otros supuestos, el depositante pretenda retirarlo a la vista a través de los medios que autorizan las normas relativas (tarjeta de débito); por lo que si alguien distinto al titular de la cuenta realiza un cargo que éste no reconoce y genera un menoscabo en su patrimonio, es posible presumir un descuido de la cosa depositada y, por ende, la obligación del depositario de responder al depositante, lo que lo coloca en una posición de deudor frente al cuentahabiente-tarjetahabiente acreedor.- Luego, si la institución bancaria depositaria del dinero no restituye el monto del cargo no reconocido al titular de la tarjeta de débito vinculada a la cuenta de depósito que contrató, deberá pagar, además de los intereses ordinarios que se hubieren pactado en el contrato de adhesión o cualquier otro instrumento convencional en la proporción que corresponda a la cantidad indebidamente sustraída, los intereses moratorios en razón del 6% anual en términos del artículo 362 del Código de Comercio, no obstante la ubicación de este precepto en el Libro Segundo, Título Quinto, Capítulo Primero, del Código de Comercio que se ocupa del préstamo mercantil, porque debe reputarse su aplicación general y, por ende, aplicable a todos los contratos de carácter comercial en los que el deudor deba pagar un interés moratorio.-

Contradicción de tesis 354/2018.- Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito. 4 de noviembre de 2020. Cinco votos de los Ministros Norma Lucía Piña Hernández, Ana Margarita Ríos Farjat, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Juan Luis González Alcántara Carrancá, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Gabriela Eleonora Cortés Araujo.-

Lo anterior, que si bien es cierto no existe un incumplimiento por parte del banco, por la causa del pedir, nulidad, en caso de retraso deberá

de pagar el interés moratorio en el retraso en el pago o restitución a la actora de las cantidades no reconocidas a partir del requerimiento que se le haga en ejecución de sentencia.-

Sexta.- En cuanto a la excepción opuesta del pacto, en el sentido de que la usuaria de los servicios bancarios era la responsable por tener los medios a su cargo de las operaciones de su cuenta, no puede contravenir la carga de la prueba ya señalada y su responsabilidad de verificar que las operaciones se hagan en cumplimiento a las sanas prácticas que le corresponden, que no acreditó, por lo que no basta el pacto señalado para eludir su responsabilidad.-

En consecuencia, resulta que en este caso ***, sí probó su acción; mientras ***, no probó sus excepciones y defensas, por lo que se condena a ésta última a restituir CIENTO NUEVE MIL NOVECIENTOS PESOS, y los demás gastos y comisiones por las operaciones no reconocidas.-

Por último, se hace el pronunciamiento en los gastos y costas, que en este caso debe de considerarse que no procede la condena a la parte demandada, pues no actuó con temeridad o mala fe.-

Por lo expuesto y fundado y con apoyo además en lo establecido por los artículos 1077, 1321, 1322, 1324, 1325, 1326, 1327, 1328, 1329 y relativos del Código de Comercio, es de resolverse y se resuelve:

PRIMERO.- Analizadas las cuestiones hechas valer, resulta que ***, sí probó su acción; mientras que ***, no probó sus excepciones.-

SEGUNDO.- Se condena a ***, a restituir CIENTO NUEVE MIL NOVECIENTOS PESOS, más gastos e intereses de las operaciones no reconocidas.-

TERCERO.- También se condena al pago de los intereses moratorios, a razón del seis por ciento anual, en los términos señalados dentro de ésta sentencia.-

CUARTO. - No se hace condena de gastos y costas.-

QUINTO. - NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

SEXTO. - Cúmplase con lo que prevé el artículo 1390 Bis 39 del Código de Comercio.-

SÉPTIMO. - En términos de lo previsto por el artículo 73 Fracción II, de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día trece de agosto del año dos mil veinte, se ordena se proceda a la elaboración y publicación de la versión pública de la presente sentencia siguiendo lo establecido en los lineamientos para la Elaboración de Versiones Públicas de Sentencias y Resoluciones dictadas por los Juzgados y Salas del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes.-

A S I, lo resolvió y firma el **LICENCIADO HUGO BERNARDO MÁRQUEZ ELÍAS, JUEZ QUINTO DE LO MERCANTIL, ESPECIALIZADO EN ORALIDAD,** ante su Secretario de Acuerdos, LICENCIADO OSCAR REYES LEOS.- Doy Fe.-

FIRMA DEL JUEZ

FIRMA DEL SECRETARIO

La presente resolución se publica en tres de noviembre del dos mil veintiuno.- Conste.-

Juez/ari

El licenciado Óscar Reyes Leos, Secretario de acuerdos del Juzgado Quinto Mercantil especializado en oralidad del Estado, hago constar y certifico que este documento corresponde a una versión pública de la sentencia dictada en fecha veintinueve de octubre del dos

mil veintiuno, por el Juez Quinto de lo Mercantil especializado en oralidad con sede en esta Ciudad, la cual consta de trece fojas útiles. Versión pública elaborada de conformidad a lo previsto por los artículos 3 fracciones XII y XXV; 69 y 70 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Aguascalientes y sus Municipios, 113 y 116 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública; así como del trigésimo octavo de los Lineamientos Generales en Materia de Clasificación y Desclasificación de la Información, así como para la elaboración de las Versiones Públicas, se suprimió: el nombre de las partes, el de sus representantes legales, sus domicilios y demás datos generales, información que se considera legalmente como confidencial o reservada por actualizarse lo señalado en los supuestos normativos en cita. Conste.