

S E N T E N C I A

Aguascalientes, Aguascalientes, al día veintiocho de mayo del año dos mil veintiuno.-

V I S T O S, para resolver los autos del expediente número **0112/2020**, que en la vía **ORAL MERCANTIL**, promueve *******, en contra de ******* y, siendo el estado de 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.- *******, demanda a ******* el cumplimiento de las siguientes prestaciones:

*"a) Para que mediante sentencia definitiva se declare la existencia de la relación contractual que se dio entre la persona jurídica colectiva ******* y la Institución denominada ******* con motivo de la apertura de cuenta cuya titularidad detenta la parte actora en la presente causa.-*

*b) Como consecuencia de lo anterior, para que mediante sentencia definitiva se declare que la persona jurídica colectiva demandada no proveyó a la empresa cuyos intereses represento de las medidas de seguridad necesarias para restringir el acceso a la banca electrónica que controla *******, particularmente por no haber proporcionado mecanismos y procedimientos que permitieran a mi poderdante confirmar y/o identificar que efectivamente el portal al que se accedió vía correo electrónico y con motivo del cual se proporcionó a quien se presentó como trabajador de la demandada la información que se describe en el capítulo de hechos, en efecto se trataba del sitio web de la referida Institución Financiera, donde se permitiera ingresar las claves y contraseñas confidenciales proporcionadas a la actora de forma segura, así como en atención a que no se informó a mi poderdante cuales son las especificaciones, elementos, particularidades o información a considerar cuando un ejecutivo de la Institución Bancaria demandada se comunicara con el de la voz vía telefónica para poder identificar que efectivamente dicha llamada era legítima y provenía de mi contraparte.-*

c) Con motivo de las omisiones a las que hacen referencia en la prestación inmediata que antecede, para que por sentencia definitiva se declare que por causas imputables a la demandada al no proveer a mi representada a de las medias de seguridad idóneas y pertinentes, la suscrita como representante de la actora fui conducida a un error que vició mi voluntad al momento de proporcionar el número de TOKEN de mi representada a quien se ostentó como ejecutivo de ***; prestación que se reclama sin que deba de perderse de vista por ésta H. Autoridad para la realización de operaciones vía banca electrónica se necesitan los datos relativos al número de usuario y su contraseña y no solo el token, los cuales bajo protesta de decir verdad no se han compartido absolutamente con nadie y se encuentran en poder única y exclusivamente de la parte demandada.-

d) Para que mediante sentencia definitiva se declare que la operación materia de la presente controversia, es decir, la transferencia de \$*** PESOS 00/100 M.N.), de fecha *** NO es congruente y difiere total y absolutamente de los movimientos que usualmente realizaba la persona jurídica colectiva que tiene la calidad de parte actora, respecto de la cuenta cuya titularidad detenta ante ***, lo que puede apreciarse de los montos y conceptos de las mismas.-

e) Relacionado con la prestación inmediata que antecede, para que por sentencia definitiva se declare que la empresa demandada omitió considerar al momento de autorizar la transferencia materia de la controversia que ésta implicaba de forma CLARA Y NOTORIA un comportamiento anormal de la cuenta cuya titularidad detenta ante ***, dado los montos y tipos de operaciones que usualmente realizaba la accionante en su banca electrónica, lo que se demuestra con el estado de cuenta proporcionado por la propia demandada y que se anexa al presente escrito, de que se desprenden los movimientos realizados de ***.-

f) Motivado en lo que señala en las prestaciones identificadas con los incisos "d" y "e" para que a través del fallo que resuelva la controversia planteada en el presente juicio se haga la declarativa de que al momento de realizarse la transferencia por la cantidad de \$*** PESOS 00/100 M.N.) de fecha *** que se NEGA LISA Y LLANAMENTE HABER SIDO REALIZADA O AUTORIZADO POR LA DE LA VOZ O PERSONA FACULTADA PARA ELLO la

institución bancaria demandada omitió verificar que dicha operación difería completa y radicalmente de aquellas que usualmente se realizaban por la empresa cuyos intereses represento vía banca electrónica, lo que constituía un HECHO NOTORIO con motivo del cual dicha empresa debía corroborar, verificar y confirmar si efectivamente "EL USUARIO", es decir, la persona jurídica colectiva cuyos intereses represento era quien estaba realizando y autorizando dicha operación.-

g) Para que se determine qué *** al momento de autorizar que salieran los fondos cuya restitución se demanda a través de este escrito, omitió verificar si la ubicación geográfica, la dirección IP y el dispositivo de donde se realizó la operación tildada de nula, eran los que usualmente se utilizaban por "EL USUARIO" es decir por ***, para de esa manera poder determinar que efectivamente era la actora a través de la persona facultada para ello quien estaba realizando la operación de materia de la impugnación.-

h) Para que se determine que al momento de realizarse la operación materia de la litis, pesé a quien ésta era evidentemente anormal la relación a las que usualmente realizaba la parte actora en la presente causa, es decir, que era normalmente distinta a los movimientos que se realizaban por ***, la empresa denominada ***, tanto en lo que hace a los montos, como al dispositivo, dirección IP y ubicación geográfica, omitió realizar acción de seguridad alguna tendente a proteger el capital de la titular de la cuenta, como lo pudo ser el bloquear o suspender la operación hasta en tanto ésta fuera expresamente autorizada por "EL USUARIO", o proceder con el cierre de la sesión a través de la cual se estaba realizando dicha operación o inclusive la suspensión de la cuenta de la que estaban saliendo los fondos cuya restitución se demanda.-

i) Para que por sentencia definitiva se declare que *** NO ratificó por ningún medio ni hizo del conocimiento de la suscrita como representante de la accionante sobre la realización de la operación materia de la controversia, a fin de que la accionante como usuario de los servicios financieros que presta la demandada estuviera en la posibilidad de negar la realización de dicha transacción.-

j) Derivado de lo reclamado en las prestaciones que anteceden, para que se determine que la

persona jurídica colectiva denominada ***, omitió solicitar autorización a la titular de la cuenta respecto de la cual se realizó la transferencia ya señalada y por ende también se abstuvo de verificar que dicha operación fuera realizada por la persona que tuviera facultades para tal efecto, aun y cuando dicha operación debería NOTORIAMENTE de las que normalmente realizaba la parte actora, es decir, que omitió cumplir con su obligación de proveer seguridad a la empresa cuyos intereses represento como cliente que es de la demandada PESÉ QUE LA TRANSFERENCIA MATERIA DE LA CONTROVERSÍA ERA COMPLETAMENTE DISTINTA A AQUELLAS QUE REGULARMENTE REALIZABA LA ACCIONANTE.-

k) Atendiendo a los argumentos vertidos en las prestaciones que anteceden, con fundamento en lo que disponen los artículos 1794, fracción I, fracción II y 2226 del Código Civil Federal de aplicación supletoria al de Comercio en atención a lo que dispone el artículo 2 de éste último, para que por sentencia definitiva de declare la nulidad absoluta de la transferencia realizada en fecha *** por la cantidad de \$*** PESOS 00/100 M.N.), toda vez que se niega lisa y llanamente que esta haya sido realizada o autorizada por la accionante o que haya prestado su consentimiento libre de vicios para su realización.-

l) Como vía de consecuencia de lo reclamado en las prestaciones que anteceden, particularmente con motivo de la nulidad que deberá de declararse respecto de la operación bancaria materia de la controversia, para que por sentencia definitiva se condene a la persona jurídica colectiva denominada *** a la restitución de la cantidad de \$*** PESOS 00/100 M.N.) que sin autorización de la actora fue sustraída de la cuenta cuya titularidad detenta a través de la realización de la transferencia que se impugna por ésta vía y que fue consentida de forma ilegal por la demandada con motivo de las omisiones a las que se hace referencia en este escrito en el entendido de que nuevamente se niega lisa y llanamente que la empresa cuyos intereses represento haya autorizado o prestado su consentimiento para la realización de dicho movimiento.-

m) Para que se condene a la persona jurídica colectiva denominada *** a pagar a favor de la suscrita intereses moratorios a razón de una tasa del 6% (seis por ciento) anual en términos de lo que dispone el

artículo 362 del Código de Comercio, esto a partir de la fecha en que se hizo del conocimiento de dicha institución bancaria que no se reconocía la operación materia de la controversia y hasta el día en que se restituya a mi poderdante el monto que se demanda por concepto de suerte principal.-

n) Para que por sentencia definitiva se condene a la parte demandada a cubrir a favor de mi representada los gastos y costas que se generen con motivo de la tramitación del presente juicio" (Transcripción literal visible a foja 1 a 4 vuelta).-

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

III.- 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.-

En consecuencia, las sentencias deben decidir los hechos litigiosos.-

Ahora bien, en el juicio Oral, acorde al artículo 1390 Bis 8 del Código de Comercio, que prevé que en lo no previsto para el juicio Oral, regirán las reglas generales de éste Código, por lo que la sentencia primero debe de atender a las reglas especiales del juicio Oral, después, a las reglas comunes.-

Luego entonces, como en el juicio Oral Mercantil existen disposiciones especiales sobre los hechos no contradictorios, se debe de atender primero a éstos al pronunciar la sentencia, luego, a las demás disposiciones del Código de Comercio, o las que sean aplicables.-

Para lo anterior, se debe de tener en cuenta que el artículo 1077 del Código de Comercio prevé que la sentencia definitiva debe decidir los puntos litigiosos, lo cual excluye a los hechos en que las partes concuerdan, por lo que como son no

controvertidos, 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 ***, celebró un contrato de apertura de cuenta con el banco demandado.-

B.- Que en virtud del contrato se creó la cuenta número *** por ***.-

C.- Que como consecuencia del contrato celebrado entre las partes *** se dio de alta el servicio de banca electrónica.-

D.- Que en virtud del servicio de la banca electrónica *** podía realizar movimientos a través de la citada banca electrónica, como las transferencias.-

E.- Que consta en la cuenta bancaria de ***, un cargo de *** PESOS, el que consta en el estado de cuenta exhibido.-

F.- Que sí hubo controversia entre las partes ante la CONDUSEF, sin que hayan negociado un arreglo para solucionar sus diferencias.-

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 en el punto A), que se señaló en el considerando III que antecede, son conformes en que existe un contrato de operaciones bancarias para el uso de banca electrónica, quedó demostrado ese pacto entre las partes.-

B.- Como las partes fueron conformes en que existe entre el *** con la actora, autorización para que ésta realice operaciones de banca electrónica, ahora debe 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 la operación, el punto de litis que se debe de resolver, 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 el día ***, se realizó una transferencia por banca electrónica que no autorizó, por los *** PESOS, que reclama su restitución, por ello asegura que no existe su autorización para dicha transferencia.-

Como ***, afirma que no efectuó con los medios proporcionados la transferencia que ya se mencionó desde su cuenta bancaria, sostiene que no otorgó su voluntad mediante los medios que le otorgó el banco, a lo que ***, señala que se efectuó la referida transferencia mediante banca electrónica con las claves de acceso y elementos entregados para la operación de la banca por el cliente, y por ello es válida.-

E.- Por la razón de lo anterior, ya no se discute si hubo o no el cargo, ya que el banco aceptó que se hicieron vía electrónica mediante el uso de los medio electrónicos que proporcionó, por los que es se expresa la voluntad del cliente.-

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, 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.-

Consecuentemente, si el banco acredita que siguió el procedimiento normativamente exigido para la operación impugnada, además 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, y sin que implique la imposición a los bancos de una carga imposible consistente en la demostración de la fiabilidad abstracta de todo su sistema.-

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.-

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 el documento que obra de las fojas 238 a la 241, que denomina Revisión Tecnológica, que es emitido por la Dirección de Riesgo Operacional y Tecnológico México

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.

Lo expuesto anteriormente permite concluir que tratándose de una controversia en que resulte controvertida la realización de una operación de transferencia de dinerario a una cuenta de un tercero u otra institución bancaria, corresponde a la institución bancaria acreditar que la operación se realizó de acuerdo a los protocolos exigidos por las disposiciones de carácter general, aplicables a las

instituciones de crédito, emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el dos de diciembre de dos mil cinco. Siendo que la mera acreditación de que se ingresaron los medios de autenticación conocidos como las claves y contraseñas para autorizar las operaciones, corresponde a uno de los elementos que deben llevar a dicha convicción.

De ahí que, cuando resulte controvertida la validez de una transacción que tenga por objeto la transferencia de recursos dinerarios a cuentas de terceros u otras instituciones bancarias, no basta con la acreditación de que se introdujeron las claves o contraseñas para acceder al sistema electrónico, con independencia de la categoría que les correspondiera; sino que la institución bancaria deberá demostrar que dicha 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, concretamente, que el mecanismo de autenticación correspondía al de la cuantía y formato de la operación, la emisión del comprobante y notificación al usuario de la operación respectiva, el debido seguimiento de los plazos establecidos para el registro de una cuenta destinataria, entre otros que se puedan advertir de las disposiciones antes citadas, según corresponda al monto y canal por el que se lleve a cabo la operación.

Sobre este aspecto, cabe precisar que en estas circunstancias lo cuestionado no es propiamente la fiabilidad del método por el cual se crearon las claves de autenticación durante la contratación del servicio de banca electrónica a efecto de que el usuario pudiera ingresar a este sistema electrónico. En cambio, la carga probatoria a la que aquí se hace referencia es la de acreditar que el sistema dispuesto por la institución bancaria operó bajo los protocolos establecidos en las Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, al momento en que se llevó a cabo la transferencia de recursos dinerarios, y que, por tanto, el sistema en sí mismo no fue vulnerado por algún agente externo.

SIN QUE LA CONCLUSIÓN ALCANZADA CONTRAVENGA LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 1196 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, EN QUE SE OBLIGA A PROBAR AL QUE NIEGA, CUANDO AL HACERLO DESCONOCE UNA PRESUNCIÓN LEGAL. PUES SI BIEN LA TRASFERENCIA ELECTRÓNICA PUEDE CONTAR CON UNA PRESUNCIÓN DE FIABILIDAD EN FAVOR DE LA INSTITUCIÓN FINANCIERA; ES NECESARIO QUE EL HECHO DEL CUAL SE PRESUME AQUEL Y QUE LE SIRVE DE ANTECEDENTE, SE FUNDE EN MAYORES ELEMENTOS PROBATORIOS PARA QUE EL JUEZ LO CONSIDERE CIERTO Y PUEDA APLICAR ESA PRESUNCIÓN, A SABER, EL DEBIDO SIGUIENTE (sic) DE LOS PROTOCOLOS ESTABLECIDOS EN LAS DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL APLICABLES A LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO EMITIDAS POR LA COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES DE ACUERDO AL TIPO DE OPERACIÓN DE QUE SE TRATE.

EL CRITERIO AL QUE SE HA ARRIBADO SE SUSTENTA TAMBIÉN EN LA CARGA DE LA PRUEBA PREVISTA PRECISAMENTE EN LOS ARTÍCULOS 1194, 1195 Y 1196 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, EN QUE SE IMPONE LA DEMOSTRACIÓN DE LOS HECHOS CONTROVERTIDOS A LA PARTE QUE TENGA MAYOR FACILIDAD PARA APORTAR LOS MEDIOS CONDUCENTES Y NO A LA QUE SE PUEDA VER EN MAYORES DIFICULTADES O EN LA IMPOSIBILIDAD PARA HACERLO, LA CUAL ENCUENTRA UNA APLICACIÓN ESPECIAL, TRATÁNDOSE DEL CASO DE LOS CONSUMIDORES.

DE MODO QUE, EN LAS CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS, LA CARGA DE LA PRUEBA IMPLIQUE QUE SEA LA PARTE QUE OSTENTA UNA POSICIÓN DOMINANTE EN LA RELACIÓN DE CONSUMO LA QUE DEBA ACREDITAR EL FUNCIONAMIENTO EN LAS CONDICIONES DEBIDAS. SIENDO QUE LA TECNICIDAD DE LOS SISTEMAS DIGITALES POR MEDIO DE LOS CUALES SE PRESTA EL SERVICIO DE LA BANCA ELECTRÓNICA REPRESENTARÍA UN OBSTÁCULO EXCESIVO A EFECTO DE QUE EL USUARIO DEL SERVICIO PUDIERA DEMOSTRAR SU PRETENSIÓN.

A DIFERENCIA DE ELLO, LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DEL SERVICIO DE BANCA ELECTRÓNICA SE ENCUENTRAN OBLIGADAS A CONTAR CON LA INFRAESTRUCTURA Y PROFESIONALIZACIÓN EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 316 BIS 18 DE LAS DISPOSICIONES DE MÉRITO. (26)

ES A PARTIR DE LO ANTERIOR, QUE ESTA PRIMERA SALA ESTIMA QUE LAS INSTITUCIONES BANCARIAS DEBEN SER LAS QUE ACREDITEN QUE EL SISTEMA DE BANCA ELECTRÓNICA HUBIERE OPERADO DE ACUERDO CON LA NORMATIVIDAD ESTABLECIDA AL MOMENTO DE LLEVAR A CABO LA OPERACIÓN IMPUGNADA. PUES, A DIFERENCIA DE LOS

usuarios, las instituciones financieras cuentan con mayor facilidad para acceder a la información relevante que dé cuenta de las operaciones controvertidas, en atención a la obligación de resguardo de la información, que le asiste en términos de la sección quinta del capítulo X de las Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito.

Sobre este punto, debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 316 Bis 14 de la sección referida, en el cual se establece la obligación de las instituciones bancarias de mantener bases de datos de todas las operaciones no reconocidas que se realicen utilizando el sistema de banca electrónica, de las cuales debe conservar determinada información básica por cinco años a partir de su registro siendo éstos: "... [el] folio de reclamación, fecha de reclamación, causa o motivo de la reclamación, fecha de la operación, cuenta origen, tipo de producto, servicio de banca electrónica en el que se realizó la operación, importe, estado de la reclamación, resolución, fecha de resolución, monto abonado, monto recuperado y monto quebrantado".

De manera más puntual, el artículo 316 Bis 15 prevé la obligación de que las instituciones prestadoras del servicio generen registros, bitácoras, huellas de auditoría de todas las operaciones y servicios bancarios realizados a través de medios electrónicos; ello como se advierte de su propia redacción:

"Artículo 316 Bis 15. Las instituciones deberán generar registros, bitácoras, huellas de auditoría de las operaciones y servicios bancarios realizados a través de medios electrónicos y, en el caso de banca telefónica voz a voz, adicionalmente grabaciones de los procesos de contratación, activación, desactivación, modificación de condiciones y suspensión del uso del servicio de banca electrónica, debiendo observar lo siguiente:

"I. Las bitácoras deberán registrar cuando menos la información siguiente:

"a) Los accesos a los medios electrónicos y las operaciones o servicios realizados por sus usuarios, así como el acceso a dicha información por las personas expresamente autorizadas por la institución, incluyendo las consultas efectuadas."

b) La fecha y hora, número de cuenta origen y cuenta destino y demás información que permita identificar el mayor número de elementos involucrados en el acceso y operación en los medios electrónicos.

c) Los datos de identificación del dispositivo de acceso utilizado por el usuario para realizar la operación de que se trate.

d) En el caso de banca por Internet, deberán registrarse las direcciones de los protocolos de Internet o similares, y para los servicios de banca electrónica en los que se utilicen teléfonos móviles o fijos, deberá registrarse el número de la línea del teléfono en el caso de que esté disponible.

Las bitácoras, incluyendo las grabaciones de llamadas de banca telefónica voz a voz, deberán ser almacenadas de forma segura por un periodo mínimo de ciento ochenta días naturales y contemplar mecanismos para evitar su alteración, así como mantener procedimientos de control interno para su acceso y disponibilidad.

Las bitácoras a que se refiere la presente fracción, deberán ser revisadas por las instituciones en forma periódica y en caso de detectarse algún evento inusual, deberá reportarse a los Comités de Auditoría y de Riesgos, conforme se establece en el último párrafo del artículo 316 Bis 19 de las presentes disposiciones.

II. Deberán contar con mecanismos para que la información de los registros de las bitácoras en los diferentes equipos críticos de cómputo y telecomunicaciones utilizados en las operaciones de banca electrónica sea consistente.

La información a que se refiere el presente artículo deberá ser proporcionada a los usuarios que así lo requieran expresamente a la institución mediante sus canales de atención al cliente, en un plazo que no exceda de diez días hábiles, siempre que se trate de operaciones realizadas en las propias cuentas de los usuarios durante los ciento ochenta días naturales previos al requerimiento de la información de que se trate. En caso de grabaciones de voz no se entregará copia de la grabación, sólo se permitirá su audición, debiendo

proporcionar una transcripción de la misma si es requerida por el usuario." [Énfasis añadido]

Desde esta perspectiva, en que el consumidor se encuentra en una posición de desventaja frente al prestador del servicio bancario en línea, al no contar con los mecanismos tecnológicos necesarios a los que sí puede acceder la institución bancaria; debe agregarse la resistencia que esta última podría poner cuando se ofreciera alguna prueba por parte del cliente, a fin de revisar la estructura y conformación de sus servidores, pues no debemos perder de vista que dicha data sensible se encuentra bajo un resguardo riguroso al que no puede tener acceso cualquier persona.

En ese sentido, a fin de dilucidar este tipo de controversias los Jueces requieren una evaluación integral de quién fue quien efectuó la transacción o el posible defraudador en ese contexto, es decir, si se trató de un tercero que utilizó credenciales o extrajo datos del cliente para efectuar las operaciones o, en su defecto, si el usuario fue el que efectuó las transacciones, o en todo caso, perdió de vista el deber de cuidado que debe tener sobre su información personal. Por tanto, quien está en aptitud de allegarse y verificar esa información, es el propio banco, pues si a su juicio, el sistema no refleja algún movimiento extraordinario adicional al de la transferencia, así debe evidenciárselo al juzgador; máxime que resultaría sumamente improbable que dichas instituciones permitieran el acceso a los controles internos de su sistema a aquellos clientes que demandaran la nulidad de los cargos, como por ejemplo al sistema de tarjetas inteligentes para conexiones o módulos de seguridad de hardware o software.

De ahí que, se insiste, la mera exhibición del registro en que se advierta la operación cuestionada, en ausencia de elementos que permitan verificar que se cumplieron con los protocolos establecidos no se estima suficiente para acreditar la validez de la transacción. Siendo que si la institución bancaria tuviere conocimiento de cualquier incidente que pudiera haber comprometido los datos del cuentahabiente, así deberá declararlo.

Se estima entonces que, 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, no deberá además imponérsele a la institución financiera la carga de demostrar la fiabilidad abstracta del sistema. Ello, en tanto que la fiabilidad de la operación quedará presumida una vez que se verifique el debido cumplimiento del procedimiento previsto normativamente, de acuerdo con el tipo, cuantía y canal de la operación, bajo el entendido que no existió tipo de vulneración alguna.

Esto es, tampoco podría llegarse al extremo de exigir de la institución financiera demostrara la fiabilidad genérica de todo su sistema ante cualquier tipo de riesgo que no se hubiere llegado a materializar. En el entendido de que, por la naturaleza mercantil en la que se enmarca la controversia, si bien les asiste legitimación a los usuarios del servicio financiero para reclamar el indebido cumplimiento de las obligaciones normativas a cargo de las instituciones bancarias; no corresponde en esta instancia revisar el absoluto cumplimiento de las obligaciones en materia de ciberseguridad que asisten a dichas entidades en la operación de la banca electrónica, sino únicamente aquellas que permitieran identificar una irregularidad al momento de que llevara a cabo la operación controvertida y con ello acreditar la nulidad de la operación que se reclama.

Aunado a lo anterior, no se considera que la carga impuesta resulte excesiva para las instituciones del sector; fundamentalmente, en tanto que la asignación particular de dicha carga probatoria se encuentra además justificada en la protección reforzada que asiste a los consumidores. En este sentido, si bien existe un régimen especial en que se regula la protección de los consumidores de la banca o propiamente los usuarios del servicio financiero; ello no limita la protección que deba asistirles en el presente caso.

Ello, pues resulta evidente que los servicios financieros a que se hace referencia, encuadran en una relación de consumo en que los usuarios del servicio tienen la calidad de consumidores, y las instituciones bancarias la calidad de proveedoras del servicio. De manera tal que, si bien

la protección de los usuarios encuentra su cauce en una legislación especial, estos no pierden su calidad de consumidores, ni la protección multifacética que les asiste en términos del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Alcance que se extiende a todas las vertientes en que pueda llegar a derivar una relación de consumo, como lo es la reivindicación de sus derechos en la vía judicial. Así, la diferencia formal en la protección de los derechos de los usuarios del servicio financiero, no pueda llegar a excluir, a priori, los principios y garantías establecidos en favor de los consumidores en general.

Luego, la institución bancaria deberá 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.-

Ahora, el artículo 316 Bis 15 de las Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores prevé la obligación de que las instituciones prestadoras del servicio generen registros, bitácoras, huellas de auditoría de todas las operaciones y los servicios bancarios realizados a través de medios electrónicos.-

Como consecuencia de lo anterior, debe además el banco, a través de quien tenga facultad de autenticar la operación bancaria, exhibir en el juicio la certificación correspondiente por el funcionario autorizado de dicha operación, y que corresponda a los movimientos de la cuenta.-

Lo anterior, se puede justificar en el artículo 100 de la Ley de Instituciones de Crédito al que se acude, cuyo texto, en lo conducente, es el siguiente:

“Artículo 100.- Las instituciones de crédito podrán microfilmear o grabar en discos ópticos, o en cualquier otro medio que les autorice la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, todos aquellos libros, registros y documentos en general, que obren en su poder, relacionados con los actos de la propia institución, que mediante disposiciones de carácter general señale la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de acuerdo a las bases técnicas que para la microfilmación o la grabación en discos ópticos, su manejo y conservación establezca la misma.-

Los negativos originales de cámara obtenidos por el sistema de microfilmación y sus imágenes grabadas por el sistema de discos ópticos o cualquier otro medio autorizado por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, a que se refiere el párrafo anterior, así como las impresiones obtenidas de dichos sistemas o medios, debidamente certificadas por el funcionario autorizado de la institución de crédito, tendrán en juicio el mismo valor probatorio que los libros, registros y documentos microfilmados o grabados en discos ópticos, o conservados a través de cualquier otro medio autorizado”.

Ahora bien, del artículo 100 de la Ley de Instituciones de Crédito se puede deducir que las instituciones del Sistema Bancario Mexicano pueden microfilmear o grabar su información.-

Ahora, la información la pueden grabar en discos ópticos o en cualquier otro medio que autorice al efecto la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de todo acto que obre en su poder.- Así mismo, las impresiones digitalizadas deben de estar certificadas por el funcionario autorizado de la institución, a fin de que tengan el mismo valor probatorio que los documentos de donde se capturaron, por lo que dicho funcionario puede por este medio certificar mediante las impresiones los actos que efectuó la institución de crédito.-

Luego, según los artículos 99 y 100 de la Ley de Instituciones de Crédito, resulta que su obligación de registrar su contabilidad, libros y demás documentos referentes a su actividad, podrán hacerse mediante la microfilmación o su grabado en discos ópticos que autorice la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, según las bases técnicas que para el efecto establezcan las disposiciones de carácter general que emitida la citada Comisión Nacional Bancaria y de Valores.- En relación con lo anterior, resulta que las impresiones obtenidas de dichos sistemas, debidamente certificadas por el funcionario autorizado de la institución de crédito tienen en juicio el mismo valor probatorio que los documentos microfilmados.- Ahora bien, para su valor probatorio se debe de destacar que según el artículo 6° de la Ley de Instituciones de Crédito prevé que en lo no previsto por dicha ley, a las instituciones de banca múltiple se aplicarán la legislación mercantil, luego, según el artículo 1205 del Código de Comercio, se debe admitir como prueba aquello que pueda producir convicción en el ánimo del juzgador sobre los hechos controvertidos o dudosos y, por tanto, serán tomados en cuenta los documentos obtenidos por medio del sistema de microfilmación.-

El valor probatorio lo obtendrán solo si cuentan con la certificación de un funcionario autorizado de la institución bancaria para que así pueda presumirse que los datos sí corresponden a las constancias que en ellos figuran y la realidad que reproducen, de ahí que surge una presunción de certeza que es suficiente para darle pleno valor probatorio en juicio si cumple esos requisitos.-

Justifica el razonamiento la siguiente tesis, que se toma como criterio orientador.-

Época: Novena Época Registro: 169086
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo
de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la
Federación y su Gaceta Tomo XXVIII, Agosto de 2008
Materia(s): Civil Tesis: I.3o.C.689 C Página: 1111

**INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR LAS
INSTITUCIONES DE CRÉDITO PROVENIENTE DE LA
CONTABILIDAD, LIBROS, DOCUMENTOS, CONTENIDOS EN
MICROFILMES, DISCOS ÓPTICOS O CONSERVADOS A TRAVÉS DE
CUALQUIER OTRO MEDIO AUTORIZADO CONSTITUYE UNA
PRESUNCIÓN DE CERTEZA QUE PRUEBA PLENAMENTE SALVO
PRUEBA IDÓNEA EN CONTRARIO (INTERPRETACIÓN DE LOS
ARTÍCULOS 46 FRACCIÓN I, 77, 99 Y 100 DE LA LEY DE
INSTITUCIONES DE CRÉDITO).**

De la lectura de los artículos 99 y 100 de la Ley de Instituciones de Crédito se desprende la obligación para la institución de crédito de registrar en su contabilidad el mismo día en que se efectúe todo acto o contrato que signifique variación en el activo o en el pasivo o implique obligación directa o contingente y, además, la de conservar la contabilidad, los libros y documentos correspondientes por el plazo que señalen las disposiciones de carácter general que dicte la Comisión Nacional Bancaria. Asimismo, se establece que las instituciones de crédito podrán microfilmear o grabar en discos ópticos, o en cualquier otro medio que les autorice la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, los libros, registros y documentos en general, que obren en su poder, relacionados con los actos de la propia institución, de acuerdo a las bases técnicas que para la microfilmación o la grabación en discos ópticos, su manejo y conservación establezcan las disposiciones de carácter general emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. En relación con lo anterior, se dispone que los negativos originales de cámara obtenidos por el sistema de microfilmación y las imágenes grabadas por el sistema de discos ópticos o cualquier otro medio autorizado por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y las impresiones obtenidas de dichos sistemas o medios, debidamente certificadas por el funcionario autorizado de la institución de crédito, tendrán en juicio el mismo valor probatorio que los libros, registros y documentos microfilmados o grabados en

discos ópticos, o conservados a través de cualquier otro medio autorizado. Ahora bien, para determinar su valor probatorio resulta necesario destacar que el artículo 6o. de la Ley de Instituciones de Crédito señala que en lo no previsto por dicha ley y por la Ley Orgánica del Banco de México, a las instituciones de banca múltiple se les aplicarán en el orden, la legislación mercantil; los usos y prácticas bancarios y mercantiles; el Código Civil para el Distrito Federal; y el Código Fiscal de la Federación, para efectos de las notificaciones y los recursos a que se refieren los artículos 25 y 110 de la Ley de Instituciones de Crédito. Sobre esa base, en términos del artículo 1205 del Código de Comercio, son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y, por tanto, serán tomados en cuenta, entre otros, los documentos obtenidos de los negativos originales de cámara obtenidos por el sistema de microfilmación y las imágenes obtenidas por el sistema de discos ópticos y cualquier otro medio autorizado por la autoridad competente, y sus impresiones obtenidas de dichos sistemas o medios, cuando cuentan con la certificación del funcionario autorizado de la institución. En este sentido, las instituciones de crédito participan en forma genérica de la calidad de comerciantes y en principio, los asientos de sus libros contables pueden trascender con su eficacia probatoria a terceros, a menos que éstos demuestren que no son llevados con arreglo a la ley, por no observarse el orden cronológico en que se van asentando las operaciones o porque no se da cumplimiento de las formalidades legales respectivas; por ende, debe presumirse que los datos que provienen de las instituciones de crédito corresponden cabalmente a las constancias que en ellos figuran y a la realidad, dado que prestan un servicio público y deben garantizar el uso de sanas prácticas bancarias que propicien la seguridad de esas operaciones y procuren la adecuada atención a los usuarios de tales servicios y que no tienen ningún interés en favorecer a una de las partes en un juicio. Asimismo, como se exige que toda operación que realice la institución bancaria se registre en su contabilidad el mismo día que se efectúe, cuando es resguardada

mediante el sistema de discos ópticos o cualquier otro medio aceptado, y se reproduce y certifica por el funcionario autorizado, surge una presunción de certeza que es suficiente para darle pleno valor probatorio en juicio, salvo prueba en contrario por la parte a quien afecta. En ese tenor, no basta que se impugne en cuanto a su alcance y valor probatorio la reproducción de un documento expedido por una institución de crédito para que éste carezca de eficacia probatoria, sino que es necesario demostrar que el mismo no se adecua a la realidad de los hechos, que no corresponde a los libros contables de donde proviene su reproducción, o que no fue certificado por el funcionario autorizado del banco, puesto que la objeción tiene que lograr destruir la presunción de certeza de la información proporcionada por la institución de crédito, derivada de la seguridad jurídica que debe caracterizar a la actividad que realizan dichas instituciones de crédito.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.- Amparo directo 693/2007.- Desarrolladora Metropolitana, S.A. de C.V. 8 de diciembre de 2007.- Unanimidad de votos.- Ponente: Neófito López Ramos.- Secretario: José Luis Evaristo Villegas.-

Entonces, según lo anterior, se puede tener como presunción de verdad datos que se hayan certificado de operaciones bancarias en términos de los artículos 99 y 100 de la referida Ley de Instituciones de Crédito, solo en cuanto a que se hayan dado las operaciones.-

La anterior conclusión se asienta aquí solo por analogía, en el sentido de que no basta un documento como el que exhibe el banco demandado que obra de las fojas 238 a la 241, en que se hace constar que lo expide quien dice ser una Dirección de Riesgo Operacional y Tecnológico México, en el que no consta ni justifica qué persona lo firma, con qué facultades por el banco demandado o con la autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para certificar la falibilidad y seguridad

del sistema que empleó el banco en la operación en este caso cuestionada, origen y validez, razón por la que se puede concluir que es un documento que se formó en forma unilateral por el banco, que no demuestra el hecho motivo de la excepción.-

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, la única prueba de su parte no demuestra su dicho.-

H.- Ahora, en la causa del pedir, la parte actora afirma que el *** recibió un correo electrónico, que manifestaba que era notificaciones ***, en que se le comunicaba que su código de cliente había sido bloqueado, por lo que solo tenía que acceder a un link que estaba dentro del correo y así actualizar sus datos, a lo que le dio click, y surgió una notificación que había sido exitosa su solicitud de actualización.-

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 y provocó el movimiento electrónico de su cuenta, lo que excluye de la responsabilidad al banco, pues proporcionó a un tercero los datos de operación o ingreso a su cuenta.-

Como en este hecho coinciden, ahora se debe determinar la forma pactada para el uso de la banca electrónica entre las partes.-

Como ambas partes coinciden en que la banca electrónica opera mediante el uso de medios

electrónicos desde una computadora o un celular, mediante el ingreso al portal del banco del número de cliente, NIP, y una clave dinámica que genera un dispositivo electrónico denominado TOKEN que se proporcionó al cliente, es claro que se deben usar todos estos elementos por el cliente o el tercero para que la operación bancaria de transferencia de dinero sea exitosa.-

En ese sentido, el hecho de que en el presente caso la representante legal de la parte actora haya dado un click en el link de un correo electrónico, no implica que haya exteriorizado su voluntad para la operación electrónica, pues para ello se requería el conjunto de elementos que le proporcionó el banco demandado como serían el uso de un medio electrónico, computadora o celular, el ingreso al portal del banco del número de cliente, NIP, y clave dinámica que genera el dispositivo electrónico denominado TOKEN que se proporcionó al cliente.- En consecuencia, si no se utilizaron los elementos mencionados, la liga y link que recibió ***, el click que hizo ésta que no implican que sí manifestó su voluntad en dicha transferencia de dinero.-

Por el contrario, el link que llegó a la cuenta *** demuestra que se vulneró el sistema de seguridad bancaria, pues por un simple click se hizo la operación no reconocida, pues para que se pudiera reconocer como válida, se requería que el cliente ingresara con su número de cuenta, con el número único que le proporcionará el token y NIP, que no existieron, por lo que si no hubo el uso de estos, no existió manifestación de la voluntad de ***.-

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 haberlo 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 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, para poder presumir la existencia y validez de las transacciones, 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 el propio usuario quien realizó la operación, o sea, que se trató del emisor de la citada autorización mediante la firma electrónica, ingreso al portal del banco el número de cliente, NIP, y una clave dinámica que le genera un dispositivo electrónico denominado TOKEN que se proporcionó al cliente, y no solo un click en una liga electrónica.-

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, que si bien se aplica a la tarjeta de crédito con chip, tiene la misma *ratio decidendi*, en cuanto al uso de firma electrónica.-

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".

Quando 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 entonces, en virtud que *** negó que usó el mecanismo de la banca electrónica que se le proporcionó y tampoco utilizó su firma a través del dispositivo que le entregó el banco, mientras que ***, afirma que aquella 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 cinco puntos referidos.-

Para los efectos antes precisados, la institución de crédito desahogó la confesional de ***, la cual se transcribirá a continuación:

*P.- Que nos diga el mandante que el (inaudible) de 2013, la C. ***, recibió en su dispositivo denominado Token, de banca electrónica ligado al código del cliente ***.-*

R.- Si es cierto aclarando que no recuerdo la fecha en que le habrán entregado el Token.-

P.- Que diga el absolvente, si su mandante tenía los medios de autenticación para operar la banca electrónica.-

R.- Si es cierto, aclarando que no sólo el Token se necesita para hacer operaciones en la banca electrónica, sino que se necesita la clave privada y el número de usuario, como se desprende del propio contrato celebrado entre las partes, como inclusive se refirió en el escrito inicial de demanda y como ya lo afirmó el articulante al momento de absolver posiciones.-

P.- Que diga el absolvente, si su mandante, dentro de las cláusulas del contrato señaló que el uso de los medios de autenticación son intransferibles, por lo que se refiere al clausulado de la contratación.-

R.- Si es cierto, aclarando que precisamente como medida de seguridad las instituciones bancarias, en caso de haber irregularidades en el uso de sus cuentas, estas deben hacerlo del conocimiento de sus usuarios, pues es un hecho notorio que en múltiples ocasiones sus sistemas fallan, tan es así que el abogado ha llegado a juicios de nulidad por operaciones de este tipo.-

P.- Que nos diga si es cierto como lo es, que su representada se hizo responsable de las contraseñas y medidas, para operar la banca electrónica.-

R.- Sí es cierto, aclarando que estas no fueron utilizadas para realizar las operaciones materia de la litis, en este caso es su representada quien ha faltado en su obligación de brindar seguridad al cliente.-

*P.- Que diga el absolvente si es cierto como lo es, que usted conoce que el banco ***, tiene impedido solicitar a sus clientes información confidencial, como números de token.-*

R.- No es cierto.-

Según se advierte de las respuestas al interrogatorio, la absolvente negó los hechos que el banco pretendía demostrar, en especial que su representante legal haya entregado las claves y el

NIP a terceros, además de que tanto las preguntas y respuestas, reiteran la conclusión ya obtenida, en el sentido de que la operación bancaria para la disposición de dinero requiere que el emisor de la autorización usara la firma electrónica, además que ingresó al portal del banco, usó el número de cliente, NIP, y una clave dinámica que le generó un dispositivo electrónico denominado TOKEN que se proporcionó al cliente.-

Como se dijo, el banco no demostró que al momento de la operación cuestionada, el sistema no se vulneró, por lo que basta para que no haya manifestación de la voluntad de ***, por ende, sea responsable el banco del movimiento de dinero que no reconoce la parte actora.-

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 cinco puntos ya referidos, por lo que se declaran improcedentes sus excepciones.-

Ahora bien, contrario a lo que aduce el banco, no solo son el uso del portal electrónico y la firma electrónica los que validan la operación bancaria en las cuentas, sino los elementos que ya se expusieron, que los procedimientos utilizados fueron los acordados con el usuario, que cumplen los requisitos para verificar la fiabilidad de la firma electrónica para corroborar son exclusivos del emisor y que no se vulneró el sistema durante la transacción, por lo que no es suficiente, como lo afirma el banco, que el usuario tenga el portal y firma electrónica, NIP y TOKEN para la validez de las citadas transacciones.-

Tampoco demuestra que el usuario de la banca haya hecho mal uso de ella, aunque se haya pactado su responsabilidad por mal uso de la misma en términos de la cláusula del contrato.-

I).- También opone el banco demandado la excepción de prescripción de la acción.-

Sostiene el banco demandado que como la operación bancaria desconocida se generó por el error, en términos del artículo 2236 del Código Civil Federal, la nulidad prescribe a los sesenta días desde que el error fue conocido.-

Cabe señalar que conforme al artículo 1075 fracción XIV del Código de Comercio, resulta que todas las operaciones de los bancos, son actos de comercio, por lo que si el Título Segundo, del Libro Cuarto del mismo regula en su artículo 1038, la prescripción, se rige solo por este.-

En ese sentido, como las acciones que deriven de actos comerciales están expresamente en ese título completamente regulados, no existe una posibilidad de remisión respecto a la prescripción de otro ordenamiento legal, razón por la que si no existe un plazo especial para este caso, conforme al artículo 1047 del Código de Comercio, el plazo es de diez años para la prescripción de la acción, de ahí la improcedencia de esta excepción.-

Como las demás excepciones opuestas, se sustentan en el hecho del error que atribuye el banco por el mal manejo de la banca electrónica a ***, que como ya se dijo, se concluyó que sí se vulneró el sistema de ***, y que no existe la voluntad en la operación que se desconoció, es esta ultima quien debe responder de ese hecho, además que resulta innecesario que sean estudiadas las demás excepciones opuestas, pues se sustentan en la misma causa ya señalada, pero con distinto nombre.-

En consecuencia, resulta que en este caso ***, sí probó su acción; ***, por su parte no probó sus excepciones y defensas, por lo que se condena a ésta última a restituirle *** PESOS.-

También se condena al pago del interés moratorio del seis por ciento anual, a partir del *** y hasta la total solución del adeudo, esto de conformidad con el artículo 364 del Código de Comercio, sin que procedan las demás prestaciones, ya que están inmersas en la acción ya declarada precedente.-

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 los *** PESOS, a ***.-

TERCERO.- También se condena al pago del interés moratorio del seis por ciento anual, a partir del *** y hasta la solución del adeudo.-

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 treinta y uno de mayo del año 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 veintiocho de mayo de dos mil veintiuno, por el Juez Quinto de lo Mercantil especializado en oralidad con sede en esta Ciudad, la cual consta de dieciocho 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, y seguir el listado de datos suprimidos) información que se considera legalmente como confidencial o reservada por actualizarse lo señalado en los supuestos normativos en cita. Conste.”