

S E N T E N C I A

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

V I S T O S, para resolver los autos del expediente número **0233/2020**, 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.- La *******, demanda a ******* el cumplimiento de las siguientes prestaciones:

*"A) La declaración de nulidad del cargo o disposición por transferencia electrónica, identificado como orden de pago SPEI *******, presumiblemente efectuada el ******* de ******* de *******, en la cuenta *******, por la cantidad de ******* pesos.-*

*B) El pago de \$******* (******* PESOS 00/100 M.N.) por concepto de restitución de la suma indebidamente transferida, al amparo de la orden de pago SPEI *******.-*

*C) El pago de \$******* (******* PESOS 00/100 M.N.) por concepto de restitución de la comisión por la suma indebidamente transferida al amparo de la orden de pago SPEI *******.-*

*D) El pago de \$******* (******* CENTAVOS), por concepto de restitución del IVA de la suma indebidamente transferida al amparo de la orden de pago SPEI *******.-*

E) EL pago de intereses a título de perjuicios respecto de la cantidad dineraria cuya devolución se demanda, calculados al tipo legal del SEIS POR CIENTO ANUAL en caso de que la demandada incurra en mora y hasta el pago total del adeudo, previa liquidación en ejecución de sentencia.-

F) El pago de los gastos y costas que se causen con motivo de este litigio" (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 servicios bancarios con cuenta número *** con ***.-

B.- Que como consecuencia del contrato celebrado entre las partes, se podía depositar dinero y disponer de ellas mediante los mecanismos que el banco proporciona.-

C.- Que el *** de *** del año *** hubo un cargo a la cuenta de la ***, mediante vía electrónica por *** PESOS.-

D.- Que se presentó un reporte con la inconformidad de la ***, a la que se le asignó número ***.-

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 parte actora, autorización para que ésta realice operaciones de banca electrónica, ahora se decide 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 la *** 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 la ***, en este caso sostiene que el día *** de *** del ***, se realizó una transferencia por banca electrónica que no autorizó, por los *** MIL PESOS, que reclama su restitución, por ello asegura que no existe su autorización para dicha transferencia.-

Ahora, como la ***, afirma que no efectuó con los medios proporcionados la transferencia que ya se mencionó desde su cuenta bancaria electrónica, sostiene así que no otorgó

su voluntad mediante los medios que le otorgó el banco, a lo que ***, señala que sí se efectuó la referida transferencia mediante la 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.-

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, en tanto que este afirma que sí recibió la instrucción, le corresponde al banco la carga de la prueba para acreditar que se realizó con los elementos de seguridad que garantizan la certeza de la operación cuestionada.-

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 dicha 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 pruebe en juicio 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 147 a 157, que denomina Informe de la Dirección General Adjunta de Canales Alternos.-

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 transferencia electrónica puede contar con una presunción de fiabilidad en favor de la institución financiera; es necesario que el hecho del cual se presume aquél 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 microfilmarse 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 emita 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 147 a 157, en que se hace constar que lo expide quien dice ser una Dirección General Adjunta de Canales Alternos, en el que no consta ni justifica qué persona lo firma, pues no se aprecian firmas, foja 157 con qué facultades por el banco demandado o con la autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para su certificación, falibilidad y seguridad del sistema empleó en la operación en este caso cuestionada, su 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, ésta prueba de su parte no demuestra su dicho.-

También desahogó la pericial, que se desahogó con el dictamen de los peritos ofrecidos por las partes y el tercero en discordia.-

Cabe señalar que lo que debe probarse en este punto es que el banco siguió debidamente el procedimiento que normativamente le es exigido para la operación impugnada y no tuvo conocimiento de algún incidente que comprometiera los datos del cuentahabiente, para que la carga de la prueba se revierta al usuario.-

Se debe resaltar aquí, foja 72, que la prueba pericial la ofreció el banco para demostrar los siguientes puntos del cuestionario, que van de la foja 74 a la 77:

Con base en el análisis que lleve a cabo de los presentes autos y sus documentos base, así como tomando en cuenta los conocimientos, la experiencia del perito, la consulta de los registros en el sistema BEN o Banca por Internet de la parte demandada, la consulta a LACNIC para la asignación de las dirección IP (esta última es pública y puede hacerse desde cualquier equipo); el dictamen deberá versar sobre los siguientes puntos y resolver las siguientes cuestiones:

1. Que describa el perito qué es, en qué consiste y para qué sirve una transferencia electrónica.-

2. Que explique el perito cuál es el procedimiento necesario para realizar una transferencia electrónica, considerando desde el alta de destinatario de la misma, debiendo seguir el caso, proporcionar soporte gráfico que ayude a justificar su respuesta.-

3. Que diga el perito si existe algún documento físico en el que se registren las transferencias electrónicas.-

4. Que diga el perito cuál es el sistema que utiliza el banco para prestar a sus clientes el servicio de banca electrónica por internet y para qué sirve.-

5. Que diga el perito con qué medidas de seguridad cuenta el sistema identificado en su respuesta al primer punto del cuestionario pericial.-

6. Que diga el perito a través de qué medios electrónicos se puede acceder sistema identificado en su respuesta al primer punto del cuestionario pericial.-

7. Que identifique el perito el número CLABE interbancaria de la parte actora.-

8. Que identifique el perito cuáles son las operaciones electrónicas no reconocidas por la parte actora, precisando en todo caso respecto a cada una de ellas: 1) la fecha y hora en que tuvieron lugar; 2) la cuenta de cargo; 3) el importe; 4) la cuenta y según el caso el banco de destino; y 5) la referencia que corresponda a cada una de ellas.-

9. Que diga el perito si la transferencia electrónica no reconocida por la parte actora quedó registrada en las bases de datos de los sistemas electrónicos del banco demandado.-

10. Que describa el perito de qué manera se llevaron a cabo las operaciones electrónicas no reconocidas por la parte actora.-

11. Que diga el perito si es posible identificar la dirección IP asignada al Proveedor de Servicios de Internet, el país y región, desde los que se realizaron las operaciones electrónicas no reconocidas por la parte actora.-

12. Que describa el perito que es una dirección IP y para qué sirve.-

13. Que identifique el perito la dirección IP desde donde se llevaron a cabo la transferencia electrónica no reconocida por la parte actora que es materia del presente juicio. El perito deberá precisar, conforme al registro de Direcciones de Internet que corresponda; a) el proveedor de servicios al que se encuentra asignada esa dirección IP; b) el país que le corresponde; c) la región que le corresponde y d) la ciudad que le corresponde.-

14. Que diga el perito si las direcciones IP a las que se refieren la cuestión que antecede corresponden a equipos de cómputo ubicados dentro de la red del Banco demandado.-

15. Que diga el perito qué es un usuario, para que sirve y con qué medidas de seguridad cuenta.-

16. Que identifique el perito cuál fue el usuario registrado que llevó a cabo las transferencias electrónicas no reconocidas por la parte actora.-

17. Que diga el perito quién es el titular registrado con el número de usuario al que se refiere la cuestión que antecede.-

18. Que identifique el perito quién es el titular de las cuentas de destino a donde se transfirieron los recursos que fueron objeto de la operación electrónica no reconocida por la parte actora.-

19. Que diga el perito si los datos relacionados con la operación no reconocida pasaron por todos los flujos de operación existentes en el Sistema de Banca Electrónica, y quedaron registrados en las bases de datos y registros de auditoría, en los equipos de cómputo centrales relacionados con ese sistema.-

20. Que describa el perito el procedimiento para la realización de las operaciones electrónicas a través del portal electrónico del sistema del Banco demandado.-

21. Que describa el perito las condiciones de seguridad que son necesarias para la realización de operaciones electrónicas a través del portal electrónico del sistema del banco demandado, como la que es materia de la litis en el presente juicio, tales como número de contrato, código de usuario, contraseña, claves confidenciales del dispositivo electrónico token, etc.-

22. Que explique el perito qué es un dispositivo "Token", para qué sirve y con qué medidas de seguridad cuenta.-

23. Que diga el perito si, para la realización de la transferencia electrónica no reconocida por la parte actora, el usuario registrado que las llevó a cabo utilizó el dispositivo "Token" y, en su caso, que identifique el número de serie del dispositivo.-

24. Que diga el perito si, para la realización de la operación electrónica, existen otros portales de Internet diferentes al portal del sistema, por los cuales se puedan realizar las operaciones electrónicas no reconocidas por la parte actora.-

25. Que diga el perito si, para la realización de la transferencia electrónica no reconocida por la parte actora, se introdujeron correctamente en el sistema el código de usuario, contraseña y claves confidenciales del dispositivo electrónico token.-

26. Que diga el perito si el sistema electrónico del sistema del banco demandado a través del cual se llevó a cabo la operación no reconocida por la parte actora, permite al banco demandado conocer o tener acceso a: El código de Usuario, contraseña y claves confidenciales del dispositivo electrónico Token de la parte actora.-

27. Que diga el perito si las operaciones materia de objeción de la parte actora coincide con diversas operaciones realizadas bajo la misma modalidad por la propia parte actora en operaciones que no se objetaron y cuyo origen coincide con la dirección IP desde la cual se llevaron a cabo las operaciones objetadas.-

28. Que el perito explique la técnica y procedimientos utilizados para llegar a sus conclusiones.-

29. Que el perito proporcione la bibliografía utilizada para llegar a sus conclusiones.-

30. Emitirá el perito sus conclusiones.-

Ahora, de entre los puntos no existe uno solo relativo al hecho de si el banco no tuvo conocimiento de algún incidente que comprometiera los datos del cuentahabiente.-

Lo anterior, porque es uno de los dos elementos que exige la jurisprudencia invocada con el epígrafe de:

**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.-**

Por lo tanto, se hace innecesario el estudio del dictamen en este punto, relativo a la carga de la prueba, pues atendiendo al principio de la congruencia de las sentencias, que limita el estudio de las pruebas a la pretensión probatoria de las partes que se infiere de los artículos 1077 y 1327 del Código de Comercio, resulta que no es apta para demostrar este punto.-

H.- Ahora, en la causa del pedir, la parte actora afirma que el *** de *** del año ***

se hizo una operación bancaria mediante banca electrónica, mediante la cual se dispuso de su cuenta *** PESOS, sin su consentimiento.-

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 su responsabilidad al banco.-

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, y una clave dinámica que se genera con un TOKEN que se proporcionó al cliente, es claro que se deben usar estos elementos por el cliente o para que la operación bancaria de transferencia de dinero sea exitosa.-

Esto lo sostiene la parte demandada en cuanto a la forma que opera la banca electrónica y lo convenido con el cliente.-

Para la operación de banca electrónica se requiere el conjunto de los elementos que se le proporcionaron por el banco al cliente como serían el uso de un medio electrónico, como computadora o celular, el ingreso al portal del banco del número de cliente, y alguna clave dinámica que genera el dispositivo electrónico denominado TOKEN que se le proporcionó al cliente.- En consecuencia, si no se utilizaron los elementos mencionados, no existiría voluntad en dicha transferencia de dinero.-

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 haberlo realizado, es a la institución bancaria a

quien corresponde ofrecer las pruebas pertinentes que lo acrediten, según se dijo.-

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 y la clave dinámica que genera un dispositivo electrónico denominado TOKEN que se proporcionó al cliente.-

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 del usuario o cuentas electrónicas.- Por tanto, si el banco quiere gozar de la presunción legal para que se tenga 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 procedimientos son los pactados 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, en virtud que la ***, 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 antes referidos.-

Para los efectos antes precisados, la institución de crédito desahogó la pericial que ya se mencionó anteriormente.-

Por las mismas razones expuestas, debe considerarse que la pericial desahogada por ***, no puede demostrar que cumplió los cinco puntos mencionados, pues según la transcripción anterior del cuestionario que los peritos debían resolver no se les cuestionó: si el procedimiento y mecanismo que utilizó el banco sí cumplió la verificación y fiabilidad del uso de la firma electrónica fue exclusivamente por la parte actora; ni que el sistema no se haya alterado por un agente externo, pues este punto no se preguntó al perito; ni que no se haya vulnerado el sistema durante la transacción cuestionada.-

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 quede demostrada la manifestación de la voluntad de la citada ***, tampoco que el sistema no se haya alterado por un agente externo, por ende, sea responsable el banco del movimiento de dinero que no reconoce la parte actora.-

Si bien es cierto mediante la pericial pretende demostrar que se usaron los mecanismos y procedimientos pactados en la operación motivo del juicio, como no existe punto solicitado dentro de la pericial si se vulneró el sistema al momento de la transacción o no se alteró un agente externo, se sigue que la operación puede reflejarse como si fuera por la usuaria al engañar al sistema como si lo hubiera efectuado el titular de la cuenta, cosa que no se preguntó.-

En conclusión, de acuerdo a los puntos de la carga de la prueba repartidos al banco, no

demonstró 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 improcedencia de la acción de los daños y perjuicios reclamados.-

Sostiene el banco demandado que como se reclaman daños y perjuicios in señalar en qué consisten, estos no proceden.-

Para decidir esta excepción, se deberá considerar lo que reclama la parte actora en este punto, a que refiere el punto E) del proemio de la demanda, que se transcribe a continuación:

E) EL pago de intereses a título de perjuicios respecto de la cantidad dineraria cuya devolución se demanda, calculados al tipo legal del SEIS POR CIENTO ANUAL en caso de que la demandada incurra en mora y hasta el pago total del adeudo, previa liquidación en ejecución de sentencia.-

Ahora bien, se aprecia que existe un contra sentido en lo que reclama la parte actora,

pues respecto a la misma causa pide intereses como perjuicios, pero cuando precisa que es al seis por ciento anual por mora, deberá de entenderse que su verdadera intención es la de obtener pago por los intereses moratorios para el caso de que no se le devuelva la cantidad reclamada.- Esto se puede así entender, conforme al artículo 2° del Código de Procedimientos Civiles del Estado, supletorio al de Comercio, pues el Código Federal de la misma materia no regula la procedencia de la acción, que prevé que la acción procede en juicio, aún cuando se exprese equivocadamente su nombre, con tal de que se determine con claridad la prestación que se reclama y su causa, que en este caso se cumple al reclamar como prestación intereses por mora.-

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, más los cargos de comisión e IVA.-

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 aquella 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.

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 *** PESOS, a la *** más los cargos de comisión e IVA, puntos C) y D) reclamados.-

TERCERO.- También se condena al pago del interés moratorio del seis por ciento anual, a partir del día en que sea requerida para el cumplimiento voluntario de esta sentencia, 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 cinco de julio 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 dos de julio 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.