

S E N T E N C I A

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

V I S T O S, para resolver los autos del expediente número **0249/2021**, que en la vía **ORAL MERCANTIL**, promueve *******, en contra del ******* y, siendo el estado de los autos 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 de *******, el pago y el cumplimiento de las siguientes prestaciones:

*"A) Para que, por sentencia firme, se declaren NULOS los cargos efectuados a la cuenta del *******, propiedad de nuestra representada.-*

B) Para que, por se4ntencua firme se condene a la demandada al REEMBOLSO de la cantidad de \$84,000.00 (Ochenta y cuatro mil pesos 00/100 m. n.).-

C) Para que por sentencia firme se condene a la demandada al pago de INTERESES a razón del tipo legal de conformidad con lo que señala el artículo 362 del Código de Comercio vigente.-

D) Para que por sentencia firme se condene a la demandada al pago de los gastos y costas que se generen por la tramitación de este juicio" (Transcripción literal que obra a foja 1 y 2 de los autos).-

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

III.- El artículo 17 Constitucional, prevé lo siguiente:

Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.-

Luego entonces, se debe privilegiar la solución del conflicto sobre cualquier formalismo procedimental.-

Ahora bien, según lo prevé el artículo 1077 del Código de Comercio, la sentencia deberá ser congruente con la demanda y su contestación, debiendo decidir los puntos litigiosos objeto del debate.-

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 el día diecisiete de noviembre del dos mil nueve, ***, celebró con ***, un contrato de depósito bancario de dinero a la vista en términos del documento que se acompaña con la demanda.-

B.- Que *** recibió de ***, con motivo del contrato, un dispositivo de protección para los movimientos interbancarios que denominan como token, que funciona como llave electrónica.-

C.- Que el veintinueve de diciembre del año dos mil veinte, se generó un aviso de dos cargos a la cuenta de ***.-

D.- Que cada uno de los cargos a la cuenta de *** fue de CUARENTA Y DOS MIL PESOS.-

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 fueron conformes en que sí existe un contrato de operaciones bancarias

para el uso de banca electrónica, quedó demostrado el pacto.-

B.- Como las partes fueron conformes en que existe autorización para que *** utilice la banca electrónica, esto a través de los medios que otorgó el banco, como la firma electrónica, que es E-LLAVE, ahora se decidirá la controversia sobre las transacciones.-

C.- En razón de lo anterior, como las partes discuten si existe o no el consentimiento de *** en todas las operaciones del día veintinueve de diciembre del año dos mil veinte, el punto de la litis que se deberá de resolver, es si las autorizó ésta.-

D.- Como ***, en el presente caso sostiene que el día veintinueve de diciembre del dos mil veinte, se efectuaron dos transferencias vía banca electrónica, de su cuenta que no autorizó, se decidirá este punto.-

En razón de lo anterior sostiene que no existe su autorización para la transferencia por la banca electrónica.-

Como ***, señala que la parte actora sí efectuó mediante el uso de banca electrónica y su número confidencial las dos operaciones, razón por la que afirma son validas, se decidirá la contradicción y los demás puntos de contradicción.-

E.- Por lo razón de lo anterior, ya no se discute si hubo o no los cargos, pues el banco afirma que se hicieron vía electrónica mediante el uso de los medio electrónicos que proporcionó, que es el número confidencial del titular de la citada cuenta, que es el medio idóneo a través del cual se expresa la voluntad de tal cliente y tiene los mismos efectos jurídicos de la firma, por lo que se debe repartir la carga de la prueba.-

F.- Ahora, cuando se demanda la nulidad de actos emitidos con motivo del uso de la banca electrónica cuya autenticación se originó mediante la digitación de los números de la identificación personal, si el usuario niega haberlos realizado, es a la institución bancaria a quien corresponde ofrecer las pruebas pertinentes que acrediten que fue el usuario quien realizó la transacción.-

Cuando la institución bancaria exprese que la operación se efectuó a través de los medios electrónicos utilizando la firma electrónica por la 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 la propia usuaria quien realizó la operación, o sea, que se trató del emisor de la citada autorización mediante la firma 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 las disposiciones, también la efectiva utilización de los medios por los usuarios en sus cuentas.- 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 procedimientos son 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, y por ello, que no se vulneró el sistema durante la transacción, como 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 y los mecanismos afines.-

TESIS JURISPRUDENCIAL 16/2019 (10a.)

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

Cuando se demanda la nulidad de los vouchers emitidos con motivo del uso de una tarjeta bancaria cuya autenticación se originó mediante la digitación de un número de identificación personal, porque el usuario niega haberlos realizado, es la institución bancaria quien está obligada a ofrecer las pruebas pertinentes que acrediten que fue el propio usuario quien realizó dicha transacción. Lo anterior encuentra justificación, porque con independencia de

que la institución bancaria demandada exprese que la operación reclamada se efectuó a través de medios electrónicos utilizando la firma electrónica del cuentahabiente mediante el tecleo de su número de identificación personal (NIP), lo que presuntivamente acredita la existencia y validez de las transacciones; sin embargo, es ésta la que tiene la obligación de aportar las pruebas pertinentes con las que se demuestre que fue el propio usuario quien realizó tales operaciones, esto es, que se trató del emisor de la autorización mediante la firma electrónica. Ello, en virtud de que las instituciones bancarias prestadoras del servicio son las que se encuentran en una posición dominante en la relación de consumo, por lo que están obligadas a garantizar la seguridad en todas las operaciones que se lleven a cabo con motivo de los contratos celebrados con sus clientes, pues son ellas las que cuentan con dispositivos y mecanismos que facilitan la aportación de pruebas, al ser las encargadas de la implementación de las medidas de seguridad a efecto de poder verificar no sólo los montos de las disposiciones o los cargos, sino la efectiva utilización de la tarjeta que cuenta con mecanismo chip y del número de identificación personal de los usuarios. Por tanto, si la institución financiera quiere gozar de la presunción legal de tener como emisor al que envió el mensaje de datos, deberá probar los procedimientos de identificación que fueron utilizados durante la transacción y que fueron acordados con el usuario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 310 de las Disposiciones de carácter general aplicables a las Instituciones de Crédito; y que esos procedimientos cumplen con los requisitos previstos para la verificación de la fiabilidad de las firmas electrónicas, esto es, que los datos de creación del mensaje en el contexto en que se utilizaron, corresponden exclusivamente al emisor, sin que el sistema en sí mismo haya sido alterado por algún agente externo. Sin que sea obstáculo a lo anterior, la regla establecida en el artículo 1196 del Código de Comercio de que corresponde probar al que niega, cuando al hacerlo desconoce la presunción legal que tiene a su favor el colitigante; pues si bien ello podría en principio trasladar la carga de la prueba al usuario, pues de conformidad con el artículo 90 Bis del mismo

ordenamiento legal, la institución financiera cuenta con la presunción legal de tener como emisario al usuario y actuar en consecuencia cuando se haya aplicado el método de identificación acordado, como puede ser el uso de la tarjeta bancaria al cual se encuentra integrado un chip con el número de identificación asociado, que una vez tecleado fue verificado por la institución bancaria dando como resultado que en el voucher se insertara la leyenda: "NIP VERIFICADA o PIN VERIFIED"; sin embargo para que el juez esté en aptitud de aplicar esa presunción se necesita la exhibición de mayores elementos para demostrar la fiabilidad del método utilizado para la generación de la firma.- Así, una vez que la institución bancaria haya acreditado que no se vulneró el sistema durante la transacción y que tomó las medidas de seguridad necesarias; entonces la carga de la prueba se le revertirá al usuario quien tendrá el deber de desvirtuar lo aportado por aquélla.

Contradicción de tesis 128/2018. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito. 9 de enero de 2019. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros: Norma Lucía Piña Hernández, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Juan Luis González Alcántara Carrancá.- Ausente: Luis María Aguilar Morales. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario. Jorge Arriaga Chan Temblador.-

Ahora, según consta en el hecho 5 de la contestación a la demanda, el banco afirmó que la operación se realizó con presencia de medios electrónicos que proporcionó y número confidencial otorgado, ya que es la única forma de acceder a la banca electrónica para efectuar las operaciones y que así se refleja en todas las operaciones que la parte actora efectúa.-

Como éste hecho lo introduce la parte demandada, conforme al artículo 1194 del Código de Comercio, le corresponde a ***, demostrar su

dicho, además, como ya dijo, es en este tipo de operaciones debe el banco probar que las operaciones se efectuaron en términos correctos.-

Ahora, cabe señalar que por tratarse este juicio sobre operaciones bancarias, existen reglas especiales sobre estas, además de las que se señalaron, y 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 la carga de probar que se usaron 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 el usuario, pues solo se alcanza si la institución bancaria prueba que cumplió todas las reglas sobre las operaciones cuestionadas, en los procedimientos respectivos.-

Resulta que existen procedimientos que imponen las Disposiciones de Carácter General de aplicación para las Instituciones de Crédito, que les emite la Comisión Nacional Bancaria y Valores, que determinan como deben acreditar que siguieron el procedimiento para una operación impugnada, en las que se encuentra: 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.-

Solo si la Institución bancaria siguió el procedimiento legal para la operación impugnada

y, además que no tuvo conocimiento de incidentes que comprometieran los datos del cuentahabiente, entonces la carga de la prueba se podrá revertir al usuario.-

Justifica la conclusión antes asumida, la siguiente jurisprudencia.-

TESIS JURISPRUDENCIAL 17/2021 (10a.)

TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS BANCARIAS.

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

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

CRITERIO JURÍDICO: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que no puede presumirse la fiabilidad de la banca electrónica a partir de la mera acreditación de que una transferencia se llevó a cabo utilizando un determinado mecanismo de autenticación por parte del usuario.- Al respecto, se establece que dicha presunción solamente se puede obtener una vez que la institución bancaria demuestre haber seguido el procedimiento exigido por las Disposiciones de Carácter General, aplicables a las Instituciones de Crédito, emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y Valores.- En ese sentido, una vez acreditado que se siguió debidamente el procedimiento normativamente exigido de la institución financiera

para la operación impugnada y que no se tuvo conocimiento de incidentes que comprometieran los datos del cuentahabiente, sólo entonces la carga de la prueba se le revertirá al usuario quien tendrá el deber de desvirtuar lo aportado por aquélla.-

JUSTIFICACIÓN: Las disposiciones aludidas establecen la previsión de contenidos mínimos para el funcionamiento de la banca electrónica tratándose de las transferencias de recursos, dentro de los que destacan: a) la introducción de mecanismos complejos de autenticación del usuario divididas en cuatro categorías; b) el establecimiento de operaciones con las cantidades dinerarias máximas que pueden llevarse a cabo bajo determinado medio de autenticación; c) la necesidad de registrar previamente las cuentas de destino, así como el periodo mínimo que debe transcurrir antes de poder realizar la transferencia, según sea el caso; y, d) la obligación de generar comprobantes y notificar al usuario de las transacciones.- Sin embargo, a partir de que actualmente se conocen diversas maneras de poder obtener fraudulentamente datos de los clientes o vulnerarse contenido electrónico para realizar operaciones sin el consentimiento de los usuarios, la presunción en el sentido de que las transferencias mediante mecanismos electrónicos son infalibles no puede prosperar, por lo que no es posible trasladar, en un primer momento, la carga de la prueba al usuario del servicio; máxime si se considera la tecnicidad de los sistemas digitales por medio de los cuales se presta el servicio de la banca electrónica lo que representa un obstáculo excesivo a efecto de que el usuario del servicio pudiera demostrar su pretensión, además de que el banco es quien cuenta con la infraestructura necesaria para generar la evidencia presentada ante los órganos jurisdiccionales. De manera tal que la institución financiera es quien debe acreditar que los procedimientos de identificación que fueron utilizados durante la transacción y que fueron acordados con el usuario se emitieron correctamente, además de la fiabilidad del procedimiento que se utilizó para autorizar la transacción.- Consecuentemente, una vez acreditado que se siguió el procedimiento normativamente exigido de la institución financiera para la operación impugnada y que no se tuvo

conocimiento de incidentes que comprometieran los datos del cuentahabiente, sólo entonces la carga de la prueba se revertirá al usuario quien tendrá el deber de desvirtuar lo aportado por aquélla, sin que lo anterior implique la imposición a los bancos de una carga imposible consistente en la demostración de la fiabilidad abstracta de todo su sistema ante cualquier tipo de riesgo, sino sólo de aquellos que se pudieran llegar a materializar.-

Contradicción de tesis 206/2020.

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

Luego, las pruebas deben demostrar que el banco sí siguió el procedimiento normativamente exigido para la operación impugnada, y que no tuvo conocimiento de incidentes que comprometieran los datos del cuentahabiente.-

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

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

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

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

Para los efectos precisados, el banco desahogó la prueba confesional de ***, que se transcribe a continuación:

*P.- Que diga que usted tiene un contrato celebrado de banca electrónica con mi representada ****

R.- Sí.

*P.- Que usted autorizó como cotitular al señor ***.*

R.- No, el no tiene permitido hacer movimientos sin mi autorización.

*P.- Que usted reconoce que tiene como número de cliente ante mi representada, *** el número ***.*

R.- No.

P.- Que usted realiza las operaciones electrónicas a través del uso de sus claves, contraseñas y el uso de token.

R.- Sí, que solamente los sé nada más yo.

*P.- El hecho de que usted haya autorizado a *** en fecha 10 de septiembre de 2018.*

R.- No.

*P.- Reconoce la actualización para el movimiento de la autorización como cotitular al señor ****

R.- Sí.

P.- Usted autorizó a esa persona en términos de esa actualización.

R.- No.

*P.- Que al autorizar al señor *** se le asignó el número de cliente ***.*

R.- No.

P.- Que usted conoce la forma de operar la banca electrónica.

R.- Sí.

P.- Que nos diga cómo hace comúnmente una transferencia por banca electrónica.

R.- Por medio de un token, ingresando mis contraseñas.

P.- Entonces usted reconoce la página oficial de banco *** por el cual se realizan las operaciones.

R.- Sí

P.- Que diga que usted consintió las operaciones realizadas en fecha 29 de diciembre del 2020 por la suma de \$42000 cada una.

R.- No.

Según se advierte de las respuestas al cuestionario que hizo la actora, no reconoció que ella u otra persona hayan hecho las operaciones cuestionadas, por lo que no demuestran los hechos de la defensa.-

También desahogó la prueba documental, consistente en el estado de cuenta que obra de la foja 119 a la 130, como carta que le dirige a la actora en veinticinco de febrero del año en curso, como carátula de actualización de cliente, foja 132 y 133.-

Estos documentos solo demuestran qué personas son las facultadas para efectuar con la banca electrónica las operaciones, pero no que las hayan efectuado, también, cuáles operaciones están registradas en la cuenta de *** y con qué datos se registraron, pero no demuestran quién las efectuó, ni demuestran su origen.-

La omisión de los puntos señalados, son suficientes para que las pruebas de la parte demandada no demuestren, por insuficiencia, los hechos de la defensa.-

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 para la validez de las citadas transacciones, o la otra persona autorizada, como lo refleja el estado de cuenta o el documento que obra a fojas 131 y 132.-

G.- Por último, el banco demandado se excepciona, en que hay pacto en el que el cliente convino de que el banco no sería responsable de cualquier operación indebida.-

Para lo anterior se acude al pacto en el contrato que celebraron las partes, foja 192, y que su texto es el siguiente:

SECCIÓN DÉCIMA.-

h. Las operaciones ejecutadas a través de medios electrónicos mediante la utilización de las Claves de Acceso y los actos y transacciones que en cumplimiento de tales operaciones, servicios y/o instrucciones el BANCO llegue a ejecutar, serán consideradas para todos los efectos legales a que haya lugar como realizadas por el CLIENTE, quien las acepta y reconoce desde ahora como suyas, siempre que existan elementos que evidencien el uso de sus Claves de Acceso y la existencia del número de referencia o folio que corresponda, y por lo tanto, será obligatorias y vinculantes para el propio CLIENTE y encuadradas en los términos y condiciones de los modelos de solicitudes y/o contratos que el banco habitualmente utiliza para instrumentar tales actos, quien las acepta y reconoce como suyas siempre.-

i. Expresamente reconoce el cliente que los registros de las operaciones a que se refiere el presente contrato que aparezcan en los sistemas del banco y en los comprobantes que de las mismas expidan, tendrán pleno valor probatorio y fuerza legal como constancia de que operó a través del equipo o sistema electrónico que hubiere emitido el comprobante de que se trate.-

Ahora bien, efectivamente se pactó en el contrato que el cliente será responsable de las operaciones efectuadas, en términos del contrato con los medios electrónicos que el banco ha puesto a su disposición, pero no de las que tal cliente no efectuó, como es este caso.-

Lo anterior es así, pues conforme a lo que dispone el artículo 1851, párrafo segundo, del Código Civil Federal, si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente que usaron los contratantes, prevalecerá la intención sobre las palabras, razón por la que si se pactó que *** era responsable de las operaciones que hiciera, o sus descuidos, la intención es que fuera respecto a aquéllas que ella ejecutara, o de que propiciara el error, por obviada no de las operaciones que no ejecutara, o que no propiciara el error, que es este el caso, ya que no se probó que ella exteriorizó su voluntad a través de todos los mecanismos pactados para disponer de su dinero a través de la banca electrónica, o causó error, o a través de la otra persona autorizada.-

Se hace innecesario el estudio de las demás cuestiones hechas valer por las partes, pues en nada variarían el sentido de ésta sentencia, ya que las excepciones opuestas, todas se sustentan básicamente en el hecho de que la actora fue quien efectuó las operaciones por tener a su disposición los medios para acceder a la banca electrónica, o bajo su responsabilidad.-

Luego entonces, resulta que ***, sí probó su acción; y ***, no probó sus excepciones y defensas, por lo que se condena a restituir la cantidad de los OCHENTA Y CUATRO MIL PESOS, de suerte principal, a la actora.-

También se condena al pago del interés moratorio del seis por ciento anual, a partir del día que se requiera por el cumplimiento voluntario de la sentencia, y hasta la total solución del adeudo, esto de conformidad con el artículo 364 del Código de Comercio.- Esto es así, pues no hay un incumplimiento del banco por la nulidad sino

desde el requerimiento, obligación que le resulta aplicable a todo contrato de carácter comercial en los que el deudor deba pagar un interés moratorio, según la siguiente jurisprudencia.-

TESIS JURISPRUDENCIAL 61/2020 (10a.)

CARGOS NO RECONOCIDOS A TARJETA DE DÉBITO. PROCEDE EL PAGO DE INTERESES MORATORIOS POR LA FALTA O RETRASO EN LA RETRIBUCIÓN DE LAS CANTIDADES SUSTRÁIDAS, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 362 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

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

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

JUSTIFICACIÓN: *Del análisis sistemático a los artículos 267, 271, 272 y 273 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; 332, 333, 334, 335 y 338 del Código de Comercio, 46, 48, fracción I, y 48 bis 2 de la Ley de Instituciones de Crédito y demás aplicables en materia bancaria, tratándose de cargos no reconocidos efectuados con tarjeta de débito, la institución financiera depositaria tiene obligación de conservación y restitución del dinero cuya propiedad le transfirió el cuentahabiente y, por ende, cuando ocurre esta situación, tendrá el deber de responder por los montos sustraídos.- En este sentido, del Código de Comercio se desprende lo siguiente: 1. El reembolso de cargos no reconocidos por el titular de una tarjeta de*

débito, vinculada a una cuenta de depósito de dinero abierta en una institución bancaria sí constituye una obligación a cargo de ésta como depositaria; pues aunque detenta la propiedad del dinero incurre en negligencia en la conservación de los fondos entregados para ser retirados a la vista por el depositante, y; 2. La obligación de reembolso en el caso de cargos no reconocidos se contrae cuando el titular de la tarjeta de débito denuncia el hecho a la institución y solicita su restitución.- Conforme a estas premisas, el depositario tiene el deber de conservación del patrimonio y de restitución cuando, entre otros supuestos, el depositante pretenda retirarlo a la vista a través de los medios que autorizan las normas relativas (tarjeta de débito); por lo que si alguien distinto al titular de la cuenta realiza un cargo que éste no reconoce y genera un menoscabo en su patrimonio, es posible presumir un descuido de la cosa depositada y, por ende, la obligación del depositario de responder al depositante, lo que lo coloca en una posición de deudor frente al cuentahabiente-tarjetahabiente acreedor.- Luego, si la institución bancaria depositaria del dinero no restituye el monto del cargo no reconocido al titular de la tarjeta de débito vinculada a la cuenta de depósito que contrató, deberá pagar, además de los intereses ordinarios que se hubieren pactado en el contrato de adhesión o cualquier otro instrumento convencional en la proporción que corresponda a la cantidad indebidamente sustraída, los intereses moratorios en razón del 6% anual en términos del artículo 362 del Código de Comercio, no obstante la ubicación de este precepto en el Libro Segundo, Título Quinto, Capítulo Primero, del Código de Comercio que se ocupa del préstamo mercantil, porque debe reputarse su aplicación general y, por ende, aplicable a todos los contratos de carácter comercial en los que el deudor deba pagar un interés moratorio.-

Contradicción de tesis 354/2018.- Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito. 4 de noviembre de 2020. Cinco votos de los Ministros Norma Lucía Piña Hernández, Ana Margarita Ríos Farjat, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo

Gutiérrez Ortiz Mena y Juan Luis González Alcántara Carrancá, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Gabriela Eleonora Cortés Araujo.-

Lo anterior, que si bien es cierto no existe un incumplimiento por parte del banco, en caso de retraso deberá de pagar el interés moratorio a partir del requerimiento que se le haga en ejecución de sentencia de la restitución condenada.-

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 ya las cuestiones hechas valer por las partes, resulta en el juicio que *** sí probó su acción, en tanto, ***, no probó sus excepciones y defensas.-

SEGUNDO.- Se condena a ***, a restituir OCHENTA Y CUATRO MIL PESOS, a ***.-

TERCERO.- También se condena al pago del interés moratorio del seis por ciento anual, a partir del requerimiento que se le haga en ejecución de sentencia, y hasta la solución del adeudo.-

CUARTO.- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

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

SEXTO.- 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 seis de diciembre año dos mil veintiuno.- Conste.-

Juez/ari

El licenciado Óscar Reyes Leos, Secretario de acuerdos del Juzgado Quinto Mercantil especializado en oralidad, con sede en esta Ciudad, hago constar y certifico que este documento corresponde a una versión pública de la sentencia dictada en fecha tres de diciembre del dos mil veintiuno, por el Juez Quinto de lo Mercantil especializado en oralidad, la cual consta de diez fojas útiles. Versión pública elaborada de conformidad a lo previsto por los artículos 3 fracciones XII y XXV; 69 y 70 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Aguascalientes y sus Municipios, 113 y 116 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública; así como del trigésimo octavo de los Lineamientos Generales en Materia de Clasificación y

Desclasificación de la Información, así como para la elaboración de las Versiones Públicas, se suprimió: el nombre de las partes, el de sus representantes legales, sus domicilios y demás datos generales, información que se considera legalmente como confidencial o reservada por actualizarse lo señalado en los supuestos normativos en cita. Conste.