

S E N T E N C I A

Aguascalientes, Aguascalientes, al día siete de enero del dos mil veintidós.-

V I S T O S, para resolver los autos del expediente número **0395/2021**, que en la vía **ORAL MERCANTIL**, promueve ***** , en contra de

***** y, siendo el estado de los autos de dictar sentencia definitiva, se pronuncia la misma al tenor de los siguientes:

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

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

"A. *Se declare judicialmente la NULIDAD ABSOLUTA de la transacción efectuada en fecha veinticinco de febrero de 2021, por la cantidad de \$198,500.00 (CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS PESOS 00/100 M.N.) por medio del servicio denominado "BANCANET" de la cuenta identificada con el número ***** y cuyo medio de acceso es el plástico *****; la cual, fue aplicada sin mi autorización ni consentimiento.-*

B. *La devolución del importe de \$198,500.00 (CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS PESOS 00/100 M.N.).-*

C. *El pago de INTERESES MORATORIOS a razón del 6% conforme al artículo 362 del Código de Comercio y apoyado en la jurisprudencia de título "CARGOS NO RECONCOIDOS 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.-*

D. *El pago de GASTOS Y COSTAS que se generen por concepto del presente juicio" (Transcripción literal que obra a foja 1 y 2 de los autos).-*

II.-

***** , al dar la contestación a

la demanda, es que niega 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 ***** es titular de la cuenta número *****, en el banco que se conoce socialmente como *****.-

B.- Que el veinticinco de febrero del año dos mil veintiuno, se hizo una operación por CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS PESOS, que se registró en la cuenta de *****.-

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 según los puntos que anteceden.-

B.- Como las partes fueron conformes en que ***** , está autorizado para usar la banca electrónica, esto a través de los medios que otorgó el banco, por lo que ahora se decidirá la controversia sobre la transacción cuestionada.-

C.- En razón de lo anterior, como las partes discuten si existe o no el consentimiento de ***** , en la operación del día veinticinco de febrero del año dos mil veintiuno, el punto de la litis que se debe de resolver, es si la autorizó éste.-

D.- Como ***** , en el presente caso sostiene que el día veinticinco de febrero del año dos mil veintiuno, se efectuó una transferencia 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 ***** , sostiene que la parte actora sí efectuó mediante el uso de banca electrónica y su número la operación, esta es válida, se decidirá la contradicción.-

E.- Por razón de lo anterior, ya no se discute si hubo o no el cargo, ya que el banco afirma que se hizo vía electrónica mediante el uso de los medio electrónicos que le 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.-

Se abunda sobre la operación bancaria, el documento de la foja 114, que expide la propia demandada, en donde consta el movimiento bancario

por banca electrónica, pues prueba en términos del artículo 1298 del Código de Comercio contra ésta.-

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 el 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 en sus excepciones, así como la presunción que alega a su favor, es el banco el que debe 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.-

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 que alega a su favor, para tener como emisor del mensaje de datos al titular

de la cuenta, deberá de probar en este 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 dos de la contestación a la demanda, el banco afirmó que la operación cuestionada se realizó porque recibió instrucciones electrónicas de manera válida que ordenó el hoy actor, a través de un sistema confiable y seguro, debido a que solo es posible realizarla por el titular de la cuenta con el acceso de clave o número confidencial a través del uso de E-LLAVE, pues es la única forma de acceder a la banca electrónica para efectuar la operación cuestionada.-

Ahora, se precisará el efecto de esta afirmación.-

Como éste hecho lo introduce la parte demandada, conforme al artículo 1195 del Código de Comercio, corresponde a *****

*****, demostrar su dicho, además, como se dijo, en este tipo de operaciones le corresponde al banco probar que la operación se efectuó en términos de ley.-

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

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

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

Existen procedimientos que imponen las Disposiciones de Carácter General de aplicación a las Instituciones de Crédito que emite la Comisión

Nacional Bancaria y Valores, que determinan como acreditar que el procedimiento fue correcto.-

Entre las reglas se encuentran: que no existió un incidente que comprometiera los datos del cuentahabiente, para que se pueda 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.-

Lo anterior tiene su sustento en las 2 jurisprudencias ya invocadas sobre la carga de la prueba, respecto a las operaciones bancarias.-

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

P.- Nos podría platicar cómo sucedió y cómo se dio cuenta del reembolso que está solicitando respecto a la transferencia no reconocida.

R.- Cuando el 25 de febrero yo estaba haciendo algunos pagos y en ese momento me llegó el anuncio a mi celular de un retiro de \$198,500, y en ese momento yo agarré mi teléfono y marqué al banco para decirles que yo no reconocía ese movimiento.

P.- Nos comenta que recibió la notificación en un celular, en ese celular usted regularmente realiza los movimientos en su cuenta.

R.- No, desde mi computadora.

P.- Para ingresar desde la computadora obviamente usted tiene códigos para que acceder a la cuenta, esos códigos usted se lo sabe de memoria o los tiene anotados en algún lugar.

R.- Los tengo en el escritorio.

P.- Los tiene en su casa.

R.- En mi oficina.

P.- Trabajan más personas en su oficina a parte de usted.

R.- Mis técnicos.

P.- Tienen acceso a su oficina.

R.- Nada más para registrar su entrada para cuestiones de su horario de comida.

P.- En relación a las transferencias usted cuenta con alguna contadora en su negocio.

R.- Sí, tengo una empleada que me ayuda solamente a realizar cotizaciones.

P.- Tiene acceso a sus cuentas.

R.- No, esa información la tengo bajo llave.

P.- Solo están en su poder.

R.- Si.

La confesional a cargo de *****no demuestra que éste ejecutó la operación cuestionada.-

También desahogó la prueba pericial, ésta con el dictamen de ***** y que obra de las fojas 216 a 240.-

Tercero.- La pericial se ofreció para el interrogatorio de la parte demandada, foja 34 y 35, mismo que se transcribe a continuación:

1. Que diga el perito en qué consiste una transferencia interbancaria.-

2. Que diga el perito en qué consiste una firma electrónica.-

3. Que diga el perito en qué consiste un TOKEN.-

4. Que diga el perito qué es y para qué sirve una dirección IP.-

5. Que diga el perito si el uso de banca electrónica depende de que el cliente use una dirección IP determinada, señalando si encuentra este condicionamiento técnico de su materia en el contrato base de la acción.-

6. Que diga el perito si el uso de banca electrónica depende de que el cliente use computadora determinada, señalando si encuentra este

condicionamiento técnico de su materia en el contrato base de la acción.-

7. Que diga el perito si es técnicamente posible que el conjunto de contraseñas y claves de seguridad de los clientes de un banco permanezcan fuera del alcance y conocimiento de los empleados de la Institución Bancaria que procesa el servicio de Banca Electrónica. En caso de ser afirmativa su respuesta, los peritos deberán ilustrar a las partes y al operador de justicia como se hacen entonces posible la gestión de autenticación de usuarios del sistema.-

8. Que investigue y diga el perito cuáles son los mecanismos de seguridad que las distintas instituciones de crédito están obligadas a implementar previo a la liberación al público del servicio de banca electrónica en este país, para dar fiabilidad a las transacciones interbancarias que se celebran por vía electrónica, es decir por internet.-

9. Que diga el perito, después de tener acceso a toda la información del expediente del juicio en línea al Portal Público donde se maneja el servicio de Banca Electrónica de*****, cuáles son las medidas de seguridad que esa institución tiene adoptadas para hacer seguros y confiables las transacciones interbancarias por vía internet.-

10. Que diga el perito si las medidas de seguridad que la institución demandada adoptó, corresponden o no a la normativa que rige a los bancos que presten el servicio de Banca Electrónica y a las condiciones de operación que señala el contrato suscrito entre las partes en juicio.-

11. Que diga el perito cuales son los registros que ***** conserva y ha exhibido a juicio para la consulta de las transferencias de fondos interbancarias que sus clientes llevan a cabo, ya se trate de transferencias a otras cuentas de la misma Institución o a cuentas de otras Instituciones.-

12. Que diga el perito si en tales registros exhibidos se encuentran las transferencias interbancarias bancarias reclamadas, indicando los elementos que consideró para concluir si tales operaciones fueron llevadas en lo absoluto.-

13. Que diga el perito si por el estudio encomendado logran identificar a través de qué medio se realizaron las transferencias interbancarias bancarias reclamadas, o Fueron llevadas en lo absoluto.-

14. Que diga el perito en caso de percatarse de la existencia de dichas transacciones o transferencias, si se reúnen o no a su juicio los elementos para considerar que la actora de este juicio utilizó su firma electrónica, es decir, si dio consentimiento por el uso de las claves utilizadas para llevar a cabo la misma.-

15.- Dirá el perito la metodología, estudios y herramientas empleadas para la realización de su dictamen.-

16. Dirá el perito sus conclusiones.-

Ahora bien, conforme al artículo 1194 de Código de Comercio, la demandada debe de probar los hechos constitutivos de su excepción, acorde a las dos jurisprudencias invocadas, también, acorde a los artículos 1077, 1252 y 1327 del Código de Comercio, por el principio de la congruencia y de la litis cerrada para los juicios mercantiles, el total de los 9 puntos anteriormente señalados, con el cuestionario formulado al perito.-

Luego entonces, mediante la comparación simple entre los 9 puntos antes señalados, que los bancos deben cumplir según las dos jurisprudencias invocadas, con los 16 puntos del cuestionario para el perito que formuló el banco demandado, solo el número 14 tiene relación a los 9 puntos que debió de acreditar el banco, pues se pretende acreditar que fue el usuario quien efectuó la operación.-

Según lo anterior, resulta que en este caso al perito no se le preguntó, respecto a los 9 puntos que debía demostrar el banco, una vez hecha la comparación con el cuestionario lo siguiente:

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

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

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

Ahora, si bien es cierto sí se preguntó al perito si las medidas de seguridad corresponden a las que rigen, según el contrato, no basta.-

Lo anterior es así, pues las preguntas al perito es para que concluya que las operaciones cuestionadas corresponden a lo pactado para el uso de la banca electrónica y las normas que rigen al servicio, que el perito, conforme al artículo 316 Bis 15 del Código de Comercio, no dio contestación a los puntos 5, 7 y 9.-

Luego, en razón que las jurisprudencias invocadas, según lo expuesto, como no demostró que los procedimientos y mecanismos cumplen con los requisitos previstos para la verificación de la fiabilidad de la firma electrónica; que el sistema no se alteró por algún agente externo, que no se vulneró su sistema durante la transacción, además, que el mecanismo de autenticación correspondía a la cuantía y formato de la operación con la debida notificación al usuario de la operación, siendo que este último punto ni siquiera se aseguró en la contestación a la demanda.-

Aunque consta en el dictamen que se uso el medio pactado, las claves dinámicas, como las instrucciones convenidas al caso, no se preguntó sobre los puntos indicados.-

Lo anterior cobra importancia, ya que para ingresar a la banca electrónica, al igual que para abrir una puerta, se necesita una llave para acceder, al banco electrónicamente y a la casa en forma mecánica, pero que tiene la misma función, y en ese sentido, un agente externo puede falsificar la llave electrónica para ingresar al banco para hacer la transacción, razón por la que tal sistema se abre, pues este supone que la llave del agente externo es en realidad la del cuentahabiente, por lo que al no preguntarse, por ejemplo, sobre si se vulneró el sistema por un agente externo, el banco no demostró todos los puntos que debía demostrar para justificar que las operaciones exclusivamente son efectuadas por *****, y no por un agente externo que hiciera creer al sistema que era éste o que no se vulneró el sistema durante la transacción cuestionada, originándola.-

La omisión de los puntos señalados, son suficientes para que el dictamen no demuestre, 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, a saber, como ya se dijo, que no se vulneró el sistema por un agente externo o que no se vulneró dicho sistema durante la transacción que cuestiona, y sea su origen, por lo que no es suficiente, como lo pretende el banco, que el solo hecho que el usuario tenga el portal y la firma electrónica para la validez de la transacción.-

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, foja 194, y su texto es el siguiente:

*G.- RESPONSABILIDAD DEL CLIENTE.- El cliente manifiesta conocer el riesgo existente en el uso de los Medios Electrónicos y el alcance legal que la legislación aplicable atribuye a las Firmas Electrónicas, por lo que su uso en cualquiera de los medios electrónicos y/o la banca Electrónica Empresarial es bajo su estricta responsabilidad, independientemente de la persona que las use, por lo que ***** no será responsable de los daños y perjuicios que el uso indebido de las firmas electrónicas le pudiere causar al cliente, aun cuando exista caso fortuito o fuerza mayor. La responsabilidad del cliente cesará por defunción, robo, extravío o hechos ilícitos a partir de que éstos sean notificados a ***** conforme a lo establecido en la cláusula décima séptima inciso quinto. ***** podrá suspender la utilización del servicio de banca electrónica en su caso, de la operación que se pretenda realizar, en el evento de que cuente con elementos que hagan presumir que el Identificador de usuario o los factores de autenticación no están siendo utilizados por el propio usuario, debiendo informar de esta situación de forma inmediata a través de cualquiera de los medios previstos en la cláusula vigésima sexta.-*

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 efectuara, 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 ejecutara, o las que propiciara el error, así, 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 exteriorizó su voluntad a través de todos los mecanismos pactados para disponer de su dinero a través de la banca electrónica, o causó un error.-

Se hace innecesario el estudio de las demás cuestiones hechas valer por las partes, pues en nada variarían el sentido de ésta sentencia.-

Luego, se concluye que ***** , sí probó su acción; y ***** , a su vez no probó sus excepciones y defensas, por lo que se condena a restituir la cantidad de CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS PESOS, de suerte principal, a la actora.-

Ahora, sí procede la condena al pago del interés moratorio del seis por ciento anual, a partir del día de esta sentencia, fecha en que se declara la nulidad, esto de conformidad con el

artículo 364 del Código de Comercio, que es el día en que nace la facultad de restituir el dinero.-

Esto, con motivo de la nulidad de las disposiciones del crédito, pues en el contrato de depósito de dinero el depositario tiene un deber de cuidado al dinero que le entrega el depositante y, por ello, su obligación de cubrir también los intereses por la mora.-

Justifica lo anterior 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 ya las cuestiones hechas valer, resulta que ***** sí probó su acción, y *****
*****, no probó sus excepciones y defensas.-

SEGUNDO.- Se condena a *****
*****, a restituir los CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS PESOS, a favor de *****.-

TERCERO.- También se condena al pago del interés moratorio del seis por ciento anual, en términos de lo señalado en esta sentencia.-

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 diez de enero del dos mil veintidós.- Conste.-

Juez/ari

El(La) Licenciado(a) Ana Karen Duran Puentes, Secretario(a) de Acuerdos y/o de Estudio y Proyectos adscrito(a) al Órgano Jurisdiccional, hago constar y certifico que este documento corresponde a una versión pública de la sentencia o resolución 0395/2021 dictada en siete de enero del dos mil veintidos por el Juez Quinto Mercantil del Estado de Aguascalientes, conste de once 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 Versiones Públicas, se suprimió: nombre de las partes, representantes legales, domicilios y demás datos generales, 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.