



Doctorado en  
**DERECHO**

**LA RENUNCIA A LOS TRÁMITES DEL JUICIO EJECUTIVO: CRÍTICA A SU  
REGULACIÓN DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO**

Artículo de investigación elaborado bajo tutoría académica para promocionar al Segundo  
año de los Estudios de Doctorado

**Autora:**

MSc. Fanny Carolina Reyes Castillo

**Tutor Académico (a):**

Prof. Dr. Reynaldo Balladares Saballos.

Managua, 9 de Noviembre 2011



Acta de Aprobación

El suscrito, Tutor Académico designado en el marco del Programa de Doctorado “Cuestiones Actuales del Derecho” de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana, visto en el fondo y forma el trabajo de investigación realizado por la Prof. MSc. Dña. Fanny Carolina Reyes Castillo, con carné número 91081865, titulado “La renuncia a los trámites del juicio ejecutivo: crítica a su regulación desde la Teoría General del Derecho”, por la presente acta APRUEBA el mismo a los efectos pertinentes en el marco de la Normativa de Estudios de Doctorado de esta casa de estudios.

Dado en la ciudad de Managua, a los nueve días del mes de noviembre de 2011.



Prof. Dr. D. Reynaldo Balladares Saballos

# LA RENUNCIA A LOS TRÁMITES DEL JUICIO EJECUTIVO: CRÍTICA A SU REGULACIÓN DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

## Resumen

El presente estudio pretende analizar la figura de la renuncia a los trámites del juicio ejecutivo, desde el prisma de la teoría general del Derecho, iniciando con el principio de igualdad constitucional, las limitaciones jurídicas, razonable y jurídicamente aceptadas a los derechos constitucionalmente reconocidos y la equivalencia de las prestaciones contractuales. A consideración de la autora, el art. 3790 C., se adecua a todas las exigencias y garantías del ordenamiento jurídico, mientras que el art. 73 de la Ley 561 infringe el principio de igualdad constitucional, excede los límites que pueden establecerse a los derechos, rompe la seguridad jurídica derivada del principio *pacta sunt servanda*, prioritario en Derecho contractual en el que la injerencia de la ley es mínima y causa injusticia al romper el equilibrio formal entre las partes, lo que trae como consecuencia la urgente necesidad de actuación del tamiz constitucional a través del control difuso.

## Abstract

This paper analyzes the waiver of trial executory proceedings according to the general theory of law, and, in particular, the constitutional principle of equity in order to determine the reasonably and lawfully accepted legal constraints to the constitutional rights, and the benefits derived from contracts. The Author stands that article 3790 of Nicaraguan Civil Code is suitable to all requirements and the rights in the legal system thereof, whereas art. 73 in law 561 contravenes the constitutional equity principle. Such article curtails the clients rights, violating the *pacta sunt servanda* principle, which is predominant in contract law and, therefore, a constitutional violation.

**Palabras clave:** Juicio ejecutivo singular hipotecario, principio, igualdad, Constitución, infracción.

**Key words:** Executory proceedings, principle, equity, Constitution, violation.

**SUMARIO: Introducción;** 1. Modelo actual del juicio ejecutivo singular hipotecario; 1.1 *Concepto y formalidades de la hipoteca;* 1.2 *Trámite del juicio ejecutivo singular hipotecario;* 1.3 *Los efectos de la renuncia a los trámites del juicio ejecutivo: Renuncia a la etapa cognitiva y declarativa;* 1.4 *Renuncia tácita a los trámites del juicio ejecutivo: Art. 73 Ley 561;* 1.5 *Reflexión y debate teórico sobre la renuncia a los trámites del juicio ejecutivo.* 2. Principio de igualdad en la Constitución Política de la República de Nicaragua: Reglas y alcances; 2.1 *Aplicación del principio de igualdad constitucional al supuesto analizado;* 2.2 *Los límites a los derechos y la renuncia a los trámites del juicio ejecutivo del artículo 73 de la Ley 561;* 3. El artículo 3790 C y el artículo 73 de la Ley 561 versus el consentimiento como elemento esencial en los contratos; el principio *pacta sunt servanda* y la equivalencia de prestaciones contractuales; 3.1 *El consentimiento: requisito esencial en la renuncia y en la aceptación hechas por las partes contratantes;* 3.2 *El principio “pacta sunt servanda” y la equivalencia en las prestaciones.* 3.3 *La cláusula rebus sic stantibus y el desequilibrio causado por el artículo 73 de la ley 561.* 4. Los mecanismos de seguridad del contrato de hipoteca y del procedimiento ejecutivo hipotecario: La fe pública notarial, la fe pública registral y la actividad jurisdiccional. 5. Conclusiones.

## Introducción

El principal propósito de la presente investigación es estudiar los alcances de la renuncia a los trámites del juicio ejecutivo, establecida por el artículo 3790 del Código Civil de la República de Nicaragua (C) y de la renuncia instituida en el artículo 73 de la Ley 561, Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no bancarias y grupos financieros (LGB); su coherencia e idoneidad con el mandato constitucional de igualdad, neutralidad legislativa y su correspondencia con los límites a los derechos, tales como el orden público, la reserva de ley y finalmente su congruencia con la teoría general de los contratos. Tal estudio permitirá explorar si las normas estudiadas observan la supremacía de la Constitución Política de la República Nicaragua o si por el contrario la infringen y por tanto requieren del control constitucional.

A lo largo de 105 años en Nicaragua ha existido el denominado juicio ejecutivo singular hipotecario, el cual es un procedimiento especial derivado del juicio ejecutivo corriente que a su vez es el proceso genérico o matriz de ejecución singular. El juicio especial hipotecario requiere de una serie de presupuestos generales y específicos para poder incoarlo y dentro de estos últimos está el pacto expreso de las partes de renuncia a los trámites del juicio ejecutivo. El efecto de esa renuncia es hacer nacer un derecho subjetivo a favor del acreedor, quien tiene la facultad de ejercitarlo abriendo el procedimiento especial, o no ejercitarlo y entonces incoar el procedimiento genérico. El principio *pacta sunt servanda* priva en la determinación de tal renuncia en el contrato de crédito hipotecario.

Hace seis años entró en vigencia la Ley 561 (2005), la cual vino a cambiar el sentido de la renuncia antes mencionada, estableciendo que “en las obligaciones hipotecarias a favor de los bancos se entenderá siempre que el deudor renuncia a los trámites del juicio ejecutivo, salvo que se estipulare lo contrario”. Puede apreciarse que la norma bancaria transcrita establece la renuncia como un acto unilateral del deudor y ya no se habla de pacto, excepto en su parte in fine donde establece la estipulación para no renunciar a dichos trámites.

De conformidad con el artículo 73 de la Ley 561 el silencio puro y simple del deudor, en los contratos hipotecarios, tiene valor de renuncia. En tal caso y únicamente para el acreedor bancario, dicha renuncia deja de ser un presupuesto para abrir el juicio ejecutivo singular hipotecario. Es así que nos encontramos ante un llamado “privilegio bancario” que la misma ley rubrica con el nombre

de “renuncia tácita” y que opera como una presunción legal a favor del acreedor bancario, cuando en el contrato de crédito hipotecario se guarde silencio sobre dicha renuncia.<sup>1</sup>

El artículo 73 de la Ley 561 forma parte de una lista de privilegios que fueron creados junto con una serie de disposiciones legales “que se introdujeron para imprimirle más eficacia a la gestión del riesgo por parte de las entidades financieras supervisadas y para fortalecer la confianza de los depositantes y del público en general en las instituciones financieras”. Se afirma que la “industria bancaria nicaragüense actualmente cuenta con “un instrumento jurídico imprescindible para el logro de la seguridad jurídica que depositantes e inversionistas, nacionales y extranjeros, requieren para potenciar sus ahorros e inversiones en el territorio nicaragüense (Superintendencia de Bancos y de otras instituciones financieras de Nicaragua, 2011).

La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia número 424 del 20 de octubre de 2010, expuso el tema al debate cuando descalifica todas las renunciaciones que hace el deudor en las contrataciones de crédito bancarias, valorándolas de abusivas. Afirma la Corte Suprema que en el caso de los bancos se trata de un contrato de adhesión, redactado por una sola de las partes, en este caso la institución financiera, con lo cual la otra se limita tan sólo a aceptar o rechazar el contrato en su integridad y que ello se debe a que las grandes empresas e instituciones financieras que mantienen este tipo de políticas, lo hacen bajo el amparo de legislaciones que les otorgan la facultad de imponer condiciones restrictivas e impositivas dejando en un estado de inferioridad y desventaja jurídica a la otra parte del contrato.

Tomando como punto de partida la referida sentencia de la Suprema Corte, el estudio inicia con el análisis del llamado juicio ejecutivo singular hipotecario, su procedimiento y requisitos, dentro de los cuales se ubica el artículo 3790 del Código Civil de la República de Nicaragua (en adelante denominado C).

Luego se analiza el artículo 73 de la Ley 561 comparándolo con el artículo 3790 C, lo cual permite afirmar que con la existencia de la norma común y la norma especial bancaria, en Nicaragua se

---

<sup>1</sup> El art. 73 de la Ley 561 en su parte *in fine* establece únicamente el pacto de no renuncia a los trámites del juicio ejecutivo. Solo así puede entenderse la norma cuando expresa que “en las obligaciones hipotecarias se entenderá siempre que el deudor renuncia a los trámites del juicio ejecutivo, salvo que se estipulare lo contrario. Está permitido a las partes pactar la no renuncia, pero lo contrario, es decir la renuncia del deudor, no es necesario que la haga pues se interpreta o se presume de su silencio, que es la ventaja legal reconocida al acreedor bancario.

pueden diferenciar dos tipos de acreedores, el común y el bancario. Mientras el acreedor común está obligado a negociar y pactar una renuncia para poder hacer nacer su derecho subjetivo y ejecutar su garantía hipotecaria, el acreedor bancario ya lo tiene por disposición de la ley y solo necesita el silencio del deudor bancario.

Paralelo a lo anterior, se percibe la existencia de dos tipos de deudores, el común y el bancario; al primero la ley le reconoce el derecho a negociar y pactar la renuncia a los trámites del juicio ejecutivo y en caso de silencio se entiende por no puesta; al segundo en cambio, la ley le valora su silencio positivamente y es el banco acreedor el único que en teoría podría establecer en el contrato de crédito hipotecario la no renuncia a los trámites del juicio ejecutivo, lo cual por lógica implicaría la renuncia del acreedor bancario a su privilegio.

A pesar de la diferencia anotada, ambas normas tienen los mismos efectos jurídicos, es decir, están destinadas a provocar el nacimiento de un derecho subjetivo a favor del acreedor hipotecario, a fin de que pueda, a su elección, abrir el juicio ejecutivo singular hipotecario en caso de incumplimiento de la obligación principal, pues si hay pacto de renuncia, el acreedor común puede, alternativamente utilizar los trámites del juicio ejecutivo corriente o los del juicio singular hipotecario; en caso que las partes no pacten la referida renuncia, el acreedor común solo tiene la vía ejecutiva corriente para hacer valer sus derechos de crédito. Es decir que tal renuncia le reconoce al acreedor una Acción Real, en adición a la Acción Personal nacida del contrato de crédito hipotecario. Mientras tanto, el acreedor bancario, no necesita de la renuncia expresa, pues basta el silencio del deudor en ese sentido para que adquiera la Acción Real.

Los supuestos planteados en este estudio, son analizados con el prisma del principio constitucional de igualdad que obliga al legislador a ser neutral cuando legisla y que le permite diferenciar con objetividad, razonabilidad y proporcionalidad, sin establecer discriminaciones de ningún tipo.

Al aplicar la sede constitucional, es visible que el legislador nicaragüense, en la ley especial bancaria, ha establecido diferencias personales y económicas entre sujetos acreedores, reconociéndole superioridad al acreedor bancario en comparación con el acreedor común. Igualmente hizo con los sujetos deudores, pero a la inversa pues el deudor común tiene derecho a expresar su

consentimiento de las formas legalmente establecidas, mientras que al deudor bancario le impone una renuncia unilateral a favor del acreedor, proveniente de su silencio.

En un análisis del artículo 73 de la ley bancaria, a la luz del concepto nuclear de orden público, se aprecia que a pesar de que no obstaculiza el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, ni pone en peligro personas o bienes, no se puede decir lo mismo en cuanto a su función garantizadora de la autonomía del individuo llamado deudor bancario, ni su igualdad con otro tipo de deudores, porque le resta voluntad propia al imponerle un valor positivo a su silencio, provocando con ello una discriminación y una desintegración del deudor bancario en relación al orden jurídico común, pues recibe un trato a todas luces diferente e injustificado.

También se examina el artículo 73 de la ley 561, a través del filtro de la reserva de ley que regula la actuación normativa del legislador sobre lo esencial de la vida común, encontrando que dicha norma es notoriamente incongruente e inadecuada a la Constitución Política de Nicaragua porque limita o vulnera la dignidad humana del deudor bancario al interpretar su voluntad a partir de su silencio, en lugar de promover y proteger el derecho del sujeto a manifestar libremente su voluntad propia a partir de su personalidad y capacidad jurídica constitucionalmente reconocidas.

Para restablecer el principio de igualdad constitucional, eliminar la discriminación creada por el legislador, recuperar la neutralidad legislativa, hacer prevalecer el límite de la reserva de ley y el orden público, la misma Constitución Política establece el control constitucional en el artículo 187 Cn., el cual es posible ejercitarlo de forma difusa y ante los órganos de primera instancia, de oficio o a petición de parte, por disposición del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua.

En relación a la figura jurídica de la renuncia, la legislación nicaragüense admite que las partes están autorizadas a renunciar ciertos derechos sustantivos y adjetivos, siempre y cuando no sean jurídicamente irrenunciables (art. XII Título Preliminar y art. 2121 C<sup>2</sup>; art. 7 Pr). Tal renuncia no está sujeta a ninguna forma exterior puede hacerse de forma expresa o tácita (art. 2122 C). La renuncia

---

<sup>2</sup> Nuestro Código Civil regula del art.2117 al 2138 la renuncia o remisión de las obligaciones. A pesar de que el tema estudiado se refiere a la renuncia de procedimientos o trámites, considero apropiado retomar figuras jurídicas básicas, tales como las formas en que la ley lo permite a las partes. De ahí que se citen normas como la preceptuada en el art. 2121, 2122, 2123 y 2124 C, que, por analogía pueden utilizarse en el estudio de la renuncia objeto de esta investigación.



expresa opera cuando la ley exige que sea manifestada de esa manera y no ofrece mayores problemas de interpretación. Pero la tácita sí ofrece alguna dificultad, pues para interpretarla hace falta definir aquellas conductas que la exteriorizan y que sin duda alguna demuestran la voluntad de las partes a renunciar. Nuestra legislación común establece que la renuncia o remisión no se presume y la interpretación de los actos que induzcan a probarla debe ser restrictiva (art. 2123 C.). Además la renuncia puede ser retirada mientras no hubiere sido aceptada por la persona en cuyo favor se hace (art. 2124 C.). El artículo 73 de la ley 561 rompe todo el esquema de la legislación y doctrina tradicional sobre la figura jurídica de la renuncia, no así el artículo 3790 C.

La teoría general de los contratos reconoce el principio *pacta sunt servanda* (arts. 2437 y 2478 C) en el que la autonomía de la voluntad es prioritaria, de ahí que el ordenamiento jurídico tiene una injerencia mínima en materia contractual. Dentro de ella el consentimiento es un elemento esencial (arts. 2436 y 2447 C). Este elemento consiste en la manifestación libre y clara, hecha de palabras o por escrito o por hechos de que necesariamente se deduzca (art. 2448 C). Esta última forma de expresar el consentimiento se conoce como aceptación presunta o tácita (art. 1230 C<sup>3</sup>). Desde que la estipulación se acepta, queda perfecto el contrato, salvo que la ley exija alguna formalidad; pero en todo caso se tendrá como una promesa exigible (art. 2449 C).

La llamada aceptación presunta o tácita, es equiparable a la presunción humana pues admite prueba en su contra (art. 1385 Pr); y por ello no llega a ser una presunción legal<sup>4</sup> absoluta (art. 1380 Pr). Entonces, no es posible explicar el art. 73 de la ley 561 a partir de la aceptación tácita ya que la ley bancaria la establece como una presunción legal que no admite prueba en su contra y que será admitida con sólo que el acreedor alegue su privilegio ante la instancia jurisdiccional. Así lo establece el artículo 85 de la Ley 561 cuando ordena que todos los derechos y privilegios conferidos a favor de los bancos, deben considerarse como parte integrante del derecho bancario, de manera que

---

<sup>3</sup> A pesar de que el art. 1230 C., se refiere a actos unilaterales del heredero, considero oportuno citarlos al abordar el consentimiento como elemento esencial en los contratos, pues estas disposiciones demuestran que la ley reconoce, aún en negocios jurídicos unilaterales, el derecho subjetivo de expresar el consentimiento, aceptando o repudiando la herencia y de forma expresa o tácita; esta exteriorización del consentimiento, expresa o tácita, se aplica a cualquier negocio jurídico.

<sup>4</sup> Al no existir una aceptación expresa, es necesario demostrar la aceptación tácita. La parte interesada debe probarla alegando y demostrando aquellos hechos, conductas o exteriorizaciones que constituyan la aceptación tácita. Como toda actividad probatoria debe sujetarse a las disposiciones legales sobre la prueba en materia civil y por tanto está sujeta a ser desvirtuada por la parte contraria. De tal manera que los hechos, conductas o exteriorizaciones que pretenden probar una aceptación tácita se convierten en indicios de los que podría deducirse una presunción humana (1379 y 1381 Pr).

perjudican a terceros, aunque no se consignen expresamente en los contratos o en los Registros Públicos competentes.

Por otra parte, la aceptación presunta o tácita es una verdadera aceptación que se manifiesta por actos externos y desde luego los hechos que la constituyen demuestran cuál es la intención del sujeto que los ejecuta, es decir, implica una conducta activa que manifiesta y exterioriza, aunque indirectamente, la voluntad de quien la adopta.

Para que haya aceptación de una de las partes contratantes, debe precederle una oferta o propuesta. Así se interpreta el contenido del artículo 2450 C; en ese mismo sentido encontramos el artículo 2723 C., sobre la aceptación de la cesión de derechos; artículo 2777 C., sobre aceptación de donaciones; y artículo 3294 C., aceptación del mandato, entre otros. Si se aplicara la circunstancia de la propuesta previa a la aceptación tácita del artículo 73 de la ley 561, encontramos que no supone ninguna oferta precedente, no la hay, ya que el derecho gestado a favor del acreedor bancario deviene del silencio puro y simple del deudor bancario.

En materia procesal, el silencio no conlleva consentimiento, sino más bien negación o rechazo a la propuesta o a la afirmación que hace la contraparte; este es el caso de la contestación negativa del rebelde (art. 134 Pr<sup>5</sup>). Excepcionalmente se da valor positivo al silencio y es el caso de la contestación de la demanda que no niega las afirmaciones ni rechaza los documentos opuestos al demandado, o la confesión ficta recientemente declarada inaplicable por inconstitucionalidad y el reconocimiento ficto de firma. Esas excepciones obedecen al principio de contradicción de los procesos judiciales, de lo cual queda evidencia escrita. Pero la norma del artículo 73 de la legislación bancaria da valor positivo al mero silencio del deudor bancario, sin que haya forma de evidenciar que el deudor ha querido renunciar a los trámites del juicio ejecutivo.

El Código de Comercio de Nicaragua, en adelante CC, establece que las costumbres mercantiles sirven no sólo para suplir el silencio de la ley, sin también de regla para determinar el sentido de las

---

<sup>5</sup> “Arto. 134 Pr. Cuando se previniere a alguno que en el acto de la notificación o dentro de cualquier otro plazo, exponga su conformidad ó inconformidad, aceptación o no aceptación a algún trámite o mandato judicial o pedimento, su silencio, vencido el correspondiente plazo, se tendrá por negativa.” Este artículo en su parte final, da valor negativo al silencio de cualquiera de las partes en un proceso judicial, una vez que han sido debidamente notificadas y transcurrido el plazo correspondiente. En esta norma queda incluida la rebeldía, que es una de las posibles conductas del demandado. Al rebelde que no acude al emplazamiento ni contesta el traslado se le interpreta su silencio como una negativa simple.

palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles (art. 5 CC); tal costumbre debe ser debidamente probada (art. 4 CC). De conformidad con esta norma determinados actos o convenciones mercantiles, el silencio entre ellos, podría interpretarse con valor positivo. En el caso del artículo 3790 C., la ausencia de pacto en relación a la renuncia estudiada, se interpreta como negativa de las partes a hacerlo y ello ha regido los negocios jurídicos desde 1906, por lo que no se concibe la existencia de una costumbre mercantil que apunte a darle valor positivo al silencio de una de las partes al suscribir un contrato de crédito hipotecario. Sobre el art. 73 de la Ley 561, puede decirse que no admite la aplicación de una probable costumbre mercantil, pues esta norma autoriza a dar valor positivo al silencio del deudor.

En las normas procesales no cabe la existencia de una norma creada por la actividad de los particulares en el seno de la sociedad (Montero Aroca, 2010), pues rige el principio de legalidad y la ley es la fuente única de los procesos.

Otro aspecto que se hace necesario averiguar es si el puro silencio puede valer como declaración de voluntad hábil para perfeccionar derechos y obligaciones. Esto nos lleva a considerar el tema de la prescripción<sup>6</sup>, positiva y negativa, en la cual la inactividad genera la adquisición de un derecho o la liberación de una carga u obligación, respectivamente, por el lapso y bajo las condiciones determinadas por la ley (art. 868 y 878 C). Pero la prescripción positiva debe alegarse como acción y la prescripción negativa únicamente puede alegarse como excepción, para poder ser declaradas judicialmente mediante sentencia firme (art. 876, 877, 882, 885 y 887 C). No es el caso de la renuncia tácita del deudor bancario.

En nuestro ordenamiento jurídico también existe la figura del silencio administrativo, regulado en La Ley 350, denominada Ley de Regulación de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en su artículo 2 numeral 19 y lo define como “el efecto que se produce en los casos en que la Administración Pública omitiere su obligación de resolver en el plazo de treinta días. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración hubiere dictado ninguna resolución, se presumirá que existe una aceptación de lo pedido a favor del interesado. El art. 73 de la Ley 561 no es una norma de derecho administrativo pues no está dirigido a la administración pública, sino a

---

<sup>6</sup>Se recurre a la prescripción, tratando de agotar todas las instituciones jurídicas que están relacionadas con el silencio o la inactividad de las partes.

entes privados dedicados a la intermediación financiera, por lo que no cabe aplicar el silencio administrativo en este supuesto.

Por todo lo expuesto, no cabe duda de que la desafortunada redacción que el legislador nicaragüense dio al artículo 73 de la Ley General de Bancos, instituciones financieras no bancarias y grupos financieros, infringe la seguridad jurídica inherente al principio *pacta sunt servanda* y crea tensión con el principio de justicia al crear un posible desequilibrio en las prestaciones entre las partes, tomando en consideración el sacrificio del deudor bancario, cuya razonabilidad, utilidad y necesidad es justificada en la supuesta protección de los depósitos de los ahorrantes, como si la renuncia tácita del artículo 73 de la ley bancaria realmente produjera tal protección.

A pesar del referido desequilibrio de prestaciones, no es posible aplicar la regla *rebus sic stantibus* pues esta tiene carácter excepcional y subsidiario ante la inexistencia de remedios positivos; y como se dijo en párrafos anteriores, la legislación nicaragüense contempla el control constitucional difuso en orden de restablecer la observancia del orden constitucional violentado por cualquier norma de inferior jerarquía, que es una infracción de mayor gravedad que el desequilibrio anotado en relación a las prestaciones contractuales y a la inobservancia del principio *pacta sunt servanda*. Por lo que restablecida la supremacía constitucional queda salvado el resto.

En relación a la justificación de que los privilegios bancarios protegen los depósitos de los ahorrantes que depositan sus dineros en los bancos, es importante señalar que el mismo principio *pacta sunt servanda* los obliga a asumir los riesgos normales que pueden estar presentes en toda contratación y no obstante el legislador les consagra una protección instituyendo un asegurador exclusivo de los depósitos que el público mantiene en las entidades miembros del Fondo de Garantía de los Depósitos (FOGADE), mediante la Ley 551, Ley del Sistema de Garantía de Depósitos, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, Número 168 del 30 de agosto del 2005 y reformada por medio de la Ley 563, Ley de Reforma a la Ley 551, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, Número 229 del 25 de noviembre del mismo año, en colaboración con otras instituciones de la red de seguridad financiera como el Banco Central de Nicaragua (BCN) y la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras (SIBOIF). El FOGADE, dice su ley creadora (art. 1), garantiza la restitución de los depósitos de ahorro, depósitos a la vista, depósitos a plazo de las personas naturales y/o jurídicas, así como ejecuta procesos de intervención y supervisa la liquidación

forzosa de instituciones miembros, lo que implícitamente conlleva promoción de la estabilidad y credibilidad en el Sistema Financiero Nacional, de tal manera que ante ese sistema jurídico, el art. 73 de la ley 561 podría resultar innecesario.

Por otra parte, también cabe señalar la intrascendencia de la renuncia del artículo 73 de la Ley 561, de cara al artículo 66 de la misma ley bancaria, el cual contempla otro procedimiento ejecutivo especial de hipoteca, exclusivo para los bancos, provisto de celeridad y economía procesal, que además es privilegiado con la participación de Notario designado por el banco para ejecutar el requerimiento de pago, lo cual lo hace aún más dinámico (art. 59, núm. 14 LGB).

Además se hace una revisión de las garantías que ofrece la Hipoteca y el procedimiento ejecutivo hipotecario, descubriendo que los mecanismos legales ahí establecidos protegen a ambas partes y brindan la seguridad jurídica necesaria. La fe pública notarial se sitúa en la constitución de la hipoteca y en el pacto de renuncia, seguida de la fe pública registral que perfecciona el contrato con la inscripción en la Sección de Hipotecas del Libro de Propiedades y que posteriormente da fe de la vigencia de la hipoteca inscrita previo al procedimiento de ejecución, concluyendo el sistema de garantías con la tutela efectiva del órgano jurisdiccional que, de oficio, está obligado a pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda y el cumplimiento de los requisitos legales para dar curso a la ejecución hipotecaria.

Como puede apreciarse en esta introducción, el estudio se realiza a través del método de la argumentación jurídica, analizando el caso específico de la cláusula de renuncia a los trámites del juicio ejecutivo, establecida en la legislación común y en la legislación bancaria, cualificándola en relación a preceptos constitucionales y de derecho contractual; y describiendo sus rasgos determinantes que se han extraído de las propias normas legales que la establecen.

Al final se plantean una serie de conclusiones entre las que destaca que el artículo 3790 C., no es inconstitucional y además es congruente con las instituciones contractuales como el *pacta sunt servanda*, el consentimiento y la equivalencia de prestaciones, a pesar de ser una norma mucho más antigua que la actual Constitución Política de Nicaragua. Mientras que el artículo 73 de la ley 561, que es de creación posterior a la Constitución, infringe el principio de igualdad, desvirtúa el sentido de la renuncia estudiada y es contrario a los principios de contratación.

A pesar de que en el presente estudio se demuestra que el art. 3790 C., es constitucional y congruente con la teoría general de los contratos, se propone eliminarlo pues comparado con otros requisitos como los mencionados en párrafo anterior y que también son necesarios para abrir el juicio ejecutivo singular hipotecario, es insignificante. La vigencia del art. 3790 C., impide que en Nicaragua exista un procedimiento ejecutivo hipotecario autónomo, ya que actualmente para poder abrir este tipo de procedimiento, es requisito sine qua non que las partes hayan renunciado a los trámites del juicio ejecutivo. En consecuencia, es pertinente derogar dicha norma común mediante reforma legislativa con lo cual quedaría normado un procedimiento especial hipotecario autónomo, similar a los procedimientos ejecutivos especiales de prenda agraria e industrial y de prenda comercial que existen en nuestra legislación desde 1937 y 1992, respectivamente y que no hacen diferencias personales entre las partes involucradas, probando una efectiva protección de las transacciones jurídicas de crédito en este país. Esta autonomía del juicio singular hipotecario estaría en correspondencia con la tendencia actual de las legislaciones modernas para las ejecuciones hipotecarias.

Las principales fuentes de investigación lo constituyen la doctrina jurisprudencial nicaragüense en materia del juicio ejecutivo singular hipotecario, la creación jurisprudencial española sobre el principio de igualdad y opiniones doctrinales de juristas de reconocido renombre en el campo constitucional y de derecho privado; se utilizaron recursos físicos existentes en la biblioteca de esta Alma Mater, la base de datos del Boletín Oficial del Estado (BOE) de España y la base de datos del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España.

Un estudio más completo del tema obligaría a incluir un análisis del mismo desde la óptica de los Derechos Humanos, del Derecho del Consumidor y del Derecho de Competencia.

## **1. Modelo actual del juicio ejecutivo singular hipotecario**

El Tomo II, Libro Tercero, Título XXIV, Capítulo III, Pr., denominado “De algunos casos singulares en el Juicio Ejecutivo”, desarrolla en sus artículos 1829 al 1832 el procedimiento a seguir cuando se hubiere hecho la renuncia del artículo 3790 C. Ese proceso es conocido en la práctica de foro con el nombre del Juicio Ejecutivo Hipotecario con Renuncia de Trámites que es un proceso

muy corto y expedito, a través del cual un acreedor puede exigir el cumplimiento de una obligación garantizada con Hipoteca.

Para abrir este tipo de proceso la ley exige además de los requisitos generales procesales (art. 1021 y ss., Pr), otros requisitos especiales que están ordenados en el Código Civil (C) y en el Código de Procedimiento Civil (Pr); ambos de la República de Nicaragua. Entre los requisitos especiales, encontramos los siguientes (3790 C., y 1829 Pr):

1°. Escritura de adeudo hipotecario en la cual se hayan renunciado por el deudor los trámites del juicio ejecutivo; y

2°. Certificación del Registro Público fechada el día anterior en la que conste no haber sido satisfecha la obligación hipotecaria, o bien despacho telegráfico del Registrador respectivo cuando por razón de la distancia no fuere posible obtener dicha certificación. (Ortiz Urbina, s.f.)

A ellos deben agregarse los requisitos exigidos para la procedencia del juicio ejecutivo corriente tales como deudor cierto; acreedor cierto; deuda líquida, cierta y exigible; mora del deudor; y título ejecutivo (art. 1684 y 1693 Pr) (Ortiz Urbina, 2000).

Los trámites prescritos para este juicio son: Demanda ejecutiva, despacho de la ejecución, requerimiento de pago y subasta pública o venta judicial (art. 1829 Pr)

De conformidad a la doctrina y jurisprudencia nacional, el juicio ejecutivo singular hipotecario es un proceso de ejecución de sentencia, semejante a la vía de apremio del juicio ejecutivo corriente y que la escritura en que consta el crédito hipotecario con renuncia de trámites, una vez que se le ha declarado con mérito ejecutivo, constituye en verdad una sentencia pactada por el mutuo consenso que hace las veces de la sentencia que pone fin a la parte cognoscitiva del juicio ejecutivo corriente. (Escobar Fornos, 1998; Ortiz Urbina 2000; sentencia 1969 BJ página 31 Considerando I y sentencia de 1970, BJ página 178, Considerando Único)

No obstante lo expuesto con anterioridad, la Corte Suprema de Justicia en un momento mantuvo que los títulos ejecutivos con renuncia de trámites del Juicio Ejecutivo, se equiparan a verdaderas sentencias, firmadas por el propio deudor y el auto solvendo sería en último término, la sentencia que en estas actuaciones se pronuncia (Sentencia 1953, BJ 16365, Considerando Único)

## **1.1 Concepto y formalidades de la Hipoteca**

En nuestra legislación, la Hipoteca es un “derecho constituido sobre los bienes inmuebles o derechos reales del deudor o de un tercero en beneficio de un acreedor, para asegurar sobre los mismos el cumplimiento de una obligación” (art. 3771 C).

La constitución de una hipoteca debe estar revestida de la fe pública notarial pues la ley exige otorgarla en escritura pública y para perfeccionarla debe inscribirse en el Registro Público competente (art. 3772 C).

En la escritura pública de hipoteca, las partes pueden renunciar expresamente a los trámites del juicio ejecutivo corriente y una vez hecha, nace un derecho potestativo del acreedor hipotecario para exigir el cumplimiento de la obligación a través del denominado juicio ejecutivo singular hipotecario que lleva rápidamente a la venta judicial del inmueble hipotecado, sirviendo de precio base el fijado por las partes en la escritura de Hipoteca. Se habla de derecho potestativo, porque el acreedor puede elegir entre intentar su acción judicial a través del juicio singular hipotecario o intentarla a través del juicio ejecutivo corriente, si así lo deseara, este último es más amplio pues tiene una etapa cognoscitiva y declarativa previa en la que las partes pueden debatir sus derechos, aunque limitadamente (art. 3790 y ss. C). Esa configuración, nos permite afirmar que el juicio ejecutivo singular hipotecario es una especie del juicio ejecutivo corriente que es el género o matriz de donde sale el primero.

La escritura pública de Hipoteca de primera saca, o la copia posterior sacada con las formalidades de ley se convierten en un documento público con mérito ejecutivo (art. 1685 y 1686 Pr).

## **1.2 Trámite del Juicio Ejecutivo Singular Hipotecario**

El legislador nicaragüense estableció el procedimiento singular del juicio ejecutivo para favorecer, con el establecimiento de hipotecas, el desarrollo del crédito territorial que juzga de suma importancia para el estímulo de la riqueza privada. Ese procedimiento tiene por finalidad práctica abaratar con celeridad los procedimientos que se establecen para hacer efectivos los derechos del acreedor; su espíritu no es otro que hacer expedita y sin aplazamiento la acción hipotecaria en juicio ejercitada; y en nada vulnera los derechos de defensa que corresponden al deudor y que consagra la Carta Fundamental. (BJ página 8657)



El procedimiento hipotecario inicia con la demanda del acreedor cuya obligación es de plazo vencido y no ha sido pagada, interpuesta ante Juez competente y acompañada tanto de la escritura de crédito hipotecario como de una certificación del Registro Público, fechada el día anterior, en la que conste la vigencia de la hipoteca; esta última puede sustituirse con un telegrama del Registrador fechado tres días antes de la demanda, como máximo, en aquellos casos en que por razones de distancia no pudiera obtener la certificación antes mencionada (art. 1829 Pr.)

Una vez presentada la demanda, el juez debe examinar la misma y demás documentos presentados, pronunciándose sobre la admisibilidad de la primera y el mérito ejecutivo que prestan los segundos; entre otras causas, si el juez no encuentra en la escritura de crédito hipotecario el pacto de las partes de haber renunciado a los trámites del juicio ejecutivo, debe rechazar de plano la demanda, caso contrario debe requerir al deudor para que pague en el acto y en caso de no pagar procede a ordenar la subasta del inmueble gravado, indicando lugar, hora y precio fijado por las partes, al igual que la descripción del inmueble a subastarse. No es necesario el trámite de mediación (art. 38 numeral 2º Reglamento de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Eventualmente puede realizarse avalúo pericial del inmueble y únicamente cuando las partes no han fijado precio base para la subasta, en la escritura pública de Hipoteca (art. 1830 Pr).

En este procedimiento el deudor no tiene derecho a oponer excepciones, pero el tercer poseedor del inmueble hipotecado sí puede hacerlo (art. 3848 C). Al deudor la ley le otorga otro mecanismo de defensa exclusivo para él y que se denomina reserva de la vía ordinaria. Esa reserva debe hacerla después de haber sido requerido de pago o a más tardar al día siguiente más el término de la distancia, que es un plazo fatal (art. 1831 párr. 2 Pr)

Hacer reserva de la vía ordinaria significa que el ejecutado debe interponer un escrito en la oportunidad legal establecida, alegando que iniciará un proceso ordinario con la finalidad de que su caso pueda ser reabierto para volver a ventilar y discutir sus derechos con la ampliación propia del proceso ordinario. Sin embargo esto no detiene la venta judicial del inmueble ni afecta la venta hecha a favor de tercero para quien queda firme (art. 3791). El ejecutado solo puede impedir que se le pague al ejecutante y ante dicha solicitud el Juez debe acceder sin más trámite, pero el ejecutante puede evadir tal obstáculo rindiendo caución suficiente para garantizar las resultas del juicio ordinario (art. 1832 Pr).

La publicidad de la subasta se realiza mediante tres carteles consecutivos fijados en parajes públicos del asiento del juez y el último de ellos debe publicarse cuatro días antes de la fecha de subasta y si cualquiera de las partes lo solicita se publica en un periódico local (art. 1829 Pr., y art. 97 del Reglamento de la Ley Orgánica del Poder Judicial)

La subasta debe abrirse una hora antes de la fijada y las posturas deben cubrir el total adeudado más costas y gastos y, no habiendo postores, se adjudica el inmueble al acreedor ejecutante por el precio base, pudiendo éste inscribirla con solo presentar la certificación del acta de subasta. (Art. 1829 Pr.)

El deudor ejecutado que hizo reserva de la vía ordinaria debe interponer su demanda a más tardar dentro de 15 días fatales contados a partir de la fecha en que se haya realizado la subasta (1831 Pr.).

Las resoluciones dictadas en este tipo de proceso son apelables en un efecto, pero se admite en ambos cuando se recurra contra la resolución que remata la cosa hipotecada en un tercero (art. 1831 Pr.).

Sobre el Recurso extraordinario de Casación, por analogía se aplica el artículo 2060 Pr., que lo establece contra las resoluciones que dicten las Cortes de Apelaciones, en los procedimientos para la ejecución de sentencias, cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, ni decididos en la sentencia o se provea en contradicción con lo ejecutoriado.

### ***1.2 Los efectos de la renuncia a los trámites del juicio ejecutivo: Renuncia a la etapa cognitiva y declarativa***

El artículo 3790 C., dice: “Es permitido renunciar en la escritura de hipoteca, los trámites del juicio ejecutivo...”

En primer lugar hay que dejar sentado que el citado precepto establece el pacto de renuncia a los trámites del juicio ejecutivo en la escritura de crédito hipotecario, el cual es un contrato bilateral, consensual, conmutativo, oneroso y generalmente de tracto sucesivo. No se trata de una renuncia unilateral.

Por otra parte, el artículo 1829 Pr., complementa esa norma y establece que en el caso del artículo 3790 C., el acreedor que cumpla los requisitos ahí relacionados, ocurrirá al juez competente para que

requiera al deudor de pago y en caso de no pagar, ordena proceder a la subasta del inmueble hipotecado.

En el juicio ejecutivo corriente los trámites relevantes, guardan el siguiente orden: Demanda ejecutiva, requerimiento judicial de pago, oposición del ejecutado, sentencia ejecutiva, subasta o venta judicial. (Art. 1692, 1701, 1732, 1744, 1745, 1766 Pr).

De lo antes expuesto, puede deducirse que al renunciar las partes a los trámites del juicio ejecutivo, se renuncia al trámite de oposición y a la sentencia ejecutiva, que como puede apreciarse son los trámites que siguen a la demanda y al requerimiento y que anteceden a la subasta.

Así opina la jurisprudencia nacional que afirma que renunciar a los trámites significa que en este proceso no cabe oponer excepciones de ninguna especie. Es preciso aclarar que tal circunstancia no causa la indefensión del deudor ejecutado, pues la misma ley le provee del mecanismo de la reserva de la vía ordinaria, obligándolo a seguir separadamente un juicio ordinario en el que tiene una amplia oportunidad de ventilar los derechos que le correspondan. (Sentencia 1956, BJ página 18942, Considerando Único; sentencia de 1956, BJ página 18037, Considerando I y II; y sentencia de 1962, página 11, Considerando III).

No obstante lo anterior, existen situaciones excepcionales en las que el deudor ejecutado puede evitar o suspender la venta judicial del inmueble hipotecado, promoviendo excepción o incidente de extinción de la obligación hipotecaria o inexigibilidad por falta de vencimiento del plazo, siempre que tales circunstancias consten en el instrumento ejecutivo hipotecario o en otro documento de igual fuerza e indiscutible, pues ambas son requisitos *sine qua non* para la ejecución singular judicial (BJ página 8117).

Asimismo, existen presupuestos procesales que deben ser observados en cualquier procedimiento judicial, tales como la competencia, legitimidad de personería, falta de mérito ejecutivo del documento esgrimido por el ejecutante u otras análogas que tiendan a encauzar el juicio por las vías legales. (Sentencia de las 12:00 meridianas del 8 de octubre de 1951)

En conclusión priva el principio de la autonomía de la voluntad en el contrato de hipoteca, en el cual las partes son libres de renunciar a los trámites del juicio ejecutivo, la que una vez hecha, es ley para ellas, consagrando de esa manera la regla *pacta sunt servanda*. De la referida renuncia nace un derecho

subjetivo abstracto a favor del acreedor, que puede ejercitarlo a su criterio y en ese caso abrir el juicio ejecutivo singular hipotecario.

#### ***1.4. Renuncia tácita a los trámites del juicio ejecutivo: Artículo 73 de la ley 561***

Frente a la renuncia expresa a los trámites del juicio ejecutivo, analizada en párrafos anteriores, encontramos la renuncia tácita establecida en el artículo 73, capítulo VI, de la ley número 561, “Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no bancarias y Grupos Financieros” aprobada el 27 de octubre de 2005 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial número 232, del 30 de noviembre de 2005.

Según lo prescrito en esa ley especial, la referida renuncia tácita constituye un privilegio legal a favor de los bancos y que se produce por el silencio del deudor:

**Art. 73. Renuncia tácita.** En las obligaciones hipotecarias a favor de los bancos se entenderá siempre que el deudor renuncia a los trámites del juicio ejecutivo, salvo que se estipulare lo contrario.

Con este precepto especial se transforma el pacto facultativo de renunciar del artículo 3790 C., en un nuevo tipo de consentimiento tácito proveniente del silencio del deudor bancario; una renuncia unilateral automática del deudor en los contratos de crédito hipotecarios suscritos con los bancos.

El tema estudiado demuestra que en Nicaragua existen dos tipos de acreedores, el común y el bancario. Igualmente existen dos clases de deudores, el común y el bancario. Mientras el acreedor común está obligado a negociar y pactar una renuncia para poder hacer nacer su derecho subjetivo para ejecutar su garantía hipotecaria, el acreedor bancario ya lo tiene por disposición de la ley, no necesita negociar y pactar tal renuncia. Otro tanto sucede con la institución del deudor común y el bancario.

El efecto lógico de esa norma es que hace desaparecer de manera instantánea el requisito de la cláusula de renuncia en los contratos hipotecarios de los bancos, con lo que el denominado juicio ejecutivo singular hipotecario se transforma en un procedimiento autónomo que no depende de dicha cláusula para su incoación. La tendencia a la autonomía del juicio hipotecario la mantienen las

legislaciones contemporáneas que han creado un procedimiento especial hipotecario, entre ellas España, Chile, México, Argentina y Costa Rica.

### ***1.5 Reflexión y debate teórico sobre la renuncia a los trámites del juicio ejecutivo***

Actualmente la Corte Suprema de Justicia ha puesto sobre la mesa de debates, la validez de la cláusula contractual en la que las partes renuncian a los trámites del juicio ejecutivo.

En opinión de la Suprema Corte, todas las renunciaciones que hace el deudor en las contrataciones de crédito bancarias son abusivas porque el mutuatario o deudor no tiene más que dos opciones, aceptar o no su contenido. Señala esa autoridad que se trata de un contrato de adhesión, caracterizado por ser redactado por una sola de las partes, en este caso la institución financiera, con lo cual la otra se limita tan sólo a aceptar o rechazar el contrato en su integridad.

Concluye la Corte diciendo que las grandes empresas e instituciones financieras que mantienen este tipo de políticas, lo hacen bajo el amparo de legislaciones que les otorgan la facultad de imponer condiciones restrictivas e impositivas dejando en un estado de inferioridad y desventaja jurídica a la otra parte del contrato (sentencia CSJ 424 del 20 de octubre de 2010).

## **2. Principio de igualdad en la Constitución Política de la República de Nicaragua. Reglas y alcances**

En el Derecho Constitucional el principio de igualdad condiciona buena parte del universo jurídico. Por eso todo el Derecho, todos los Derechos, tienen que ser explicados a partir de la Constitución. Pero, por eso también, el Derecho Constitucional tiene que ser explicado unitariamente a partir del principio de igualdad. (Pérez Royo, 2000)

La igualdad constitucional es creada por la voluntad general, que es un principio territorialmente limitado pero general que se expresa a través del sufragio y que la poseen únicamente los ciudadanos de un país. En esa voluntad general descansan las relaciones personales, las instituciones políticas y todas las normas jurídicas de la sociedad democrática.

La igualdad constitucional deviene de la dignidad humana que es un principio antropológico universal que implica que todos somos iguales como portadores de voluntad y que somos diferentes

porque al tener voluntad particular cada ser humano elige su conducta de la manera que le parece apropiada, aunque no de manera absoluta. De ahí que el derecho regule relaciones entre individuos con voluntad propia.

La Constitución Política de Nicaragua establece el Principio de Igualdad, de la siguiente manera:

Artículo 27: Todas las personas son iguales ante la ley y tiene derechos a igual protección. No habrá discriminación por motivo de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma religión, opinión, origen, posición económica o condición social...

Artículo 48. Se establece la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses en el goce de sus derechos políticos, en el ejercicio de los mismos y en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, existe igualdad absoluta entre el hombre y la mujer. Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.

En la parte inicial del artículo 27 está contenida la primera arista del principio de igualdad como elemento rector, que obliga y limita la acción de los poderes públicos, estableciendo el derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que debe ser respetado por dichos poderes y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, es necesario que exista una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. (Casas Baamonde, 2003; Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 79/2011 del 6 de Junio de 2011, publicada en el Boletín Oficial (BOE) número 158 del 4 de julio del mismo año; sentencia STC 63/2011, del 16 de mayo, la STC 200/2001, del 4 de octubre, FJ 4; y la STC 59/2008, del 14 de mayo).

Ampliando lo afirmado en párrafo anterior, la jurisprudencia española afirma que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato

constitucional, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. (STC 22/1981, de 2 de julio)

Con respecto al poder legislativo, el principio de igualdad le exige neutralidad legislativa sobre la diferencia legislativa, de tal forma que tiene prohibido tomar partido por una voluntad particular frente a otra y si decide tomar en consideración alguna diferencia a la hora de legislar, debe hacerlo de manera objetiva, razonable y proporcional, sin establecer discriminaciones de ningún tipo (Pérez Royo, 2000)

Según el principio de igualdad, corresponde al poder legislativo expresar la voluntad general, al poder ejecutivo ejecutarla en términos generales. El poder judicial la aplica en los casos particulares. La acción de todos los poderes del Estado Constitucional democrático gira en torno a la voluntad general y, por tanto, en torno a la igualdad. (Pérez Royo, 2000; sentencia Corte Suprema de Justicia número 504 del 19 de octubre de 2009)

No obstante, la obligación que impone la igualdad al Poder Judicial es de carácter jurídica y en eso se diferencia del resto de poderes en los que reviste un carácter político por la naturaleza propia de dichos poderes.

El poder ejecutivo debe observar la neutralidad en la ejecución de la ley y afecta tanto a los reglamentos como a los actos administrativos. A diferencia del legislador, el ejecutivo no puede diferenciar ni siquiera cuando lo haga objetiva, razonable y proporcionalmente, sino que tiene que limitarse a hacer suya la diferenciación legislativa. Cuando discrimina, la igualdad constitucional opera de manera derivada a través del control del principio de legalidad por parte del poder judicial.

Con respecto al poder judicial, la igualdad constitucional exige imparcialidad en la aplicación de la ley. Imparcialidad funcional en cuanto poder del estado e imparcialidad orgánica respecto de los magistrados y jueces integrantes de dicho poder.

El precepto constitucional de igualdad del artículo 27, no se agota en erigirse como límite de los poderes públicos, sino que además establece la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; SSTC 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; y SSTC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

La doctrina y jurisprudencia española admite que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe pueden ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica, en relación con el sexo, (SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8); en relación con las condiciones personales o sociales, (SSTC 92/1991, de 6 de mayo, FF JJ 2 a 4; 90/1995, de 8 de julio, FJ 4); en relación con la edad, (STC 75/1983, de 3 de agosto, FF JJ 6 y 7); y en relación con la raza, (STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8), pero en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación.

La igualdad como valor jurídico tiene dos grandes dimensiones, sucesivas en la historia: la formal y la material (Martínez de Vallejo, 1997; Bernal Pulido, 2007; Prieto Sanchís, 1998).



La igualdad formal debe interpretarse ante todo como una igualdad en la libertad y supone la constatación de las siguientes reglas (Balladares Saballos, 2011; Pérez Royo, 2000):

- a) Todos los sujetos de derecho son destinatarios abstractos de las normas.
- b) El trato igualitario de situaciones desiguales basadas en condiciones personales consideradas como irrelevantes.
- c) El trato diferenciado de situaciones diferentes pero de aspectos relevantes jurídicamente.
- d) Finalmente, una identidad de trato procesal y administrativo de las normas para todos.

La igualdad material se enfrenta con el problema de seleccionar los criterios para su realización. A cada cual según sus meritos o capacidades, según sus rendimientos, según su trabajo, o en base a una igualdad de acceso o de oportunidades. La importancia de la elección del principio regulador traerá consecuencias distintas.

El criterio que mejor se adecúa a las demandas de la sociedad actual es el de la igual satisfacción de las necesidades básicas. La puesta en práctica de ese principio regulador se realiza a través de una actuación positiva y por lo tanto una intervención del Estado al objeto de alcanzar un óptimo grado de satisfacción de las necesidades consideradas en un Estado Social y democrático de Derecho como básicas, entre las que se encuentran, sin ser exhaustivas, la educación, la vivienda, la salud, la seguridad social, la cultura, el empleo, etc. En cualquier caso es un objetivo a alcanzar a largo plazo, de ahí que se marque la diferencia entre igualdad formal y material (Martínez de Vallejo, 1997).

La regla o principio fundamental de la igualdad material exige tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera, por lo que es necesario establecer las semejanzas y las diferencias relevantes, las cuales obedecen a criterios de orden ético y por ello un sector de la doctrina afirma que la justicia es un segmento de la moral, cualificado por las notas de alteridad, proporcionalidad e igualdad (Bea, 1997).

Las prohibiciones concretas de discriminación que establece la Constitución en el mismo artículo 27, están dirigidas también a los ciudadanos. La ley es el límite de la autonomía de la voluntad y la igualdad constitucional también opera como límite aunque en forma de prohibiciones concretas de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Por otra parte, para garantizar su propia supremacía, la misma Constitución establece mecanismos para reaccionar frente a las posibles arbitrariedades de poder y remite a la Ley de Amparo cuando los derechos constitucionales de las personas hayan sido violados o estén en peligro de serlo (art. 45 Cn.)

Además, tenemos el mecanismo difuso de control constitucional establecido para casos concretos sometidos al conocimiento de los órganos jurisdiccionales de primera instancia, quienes de oficio o a solicitud de parte están autorizados a declarar la inaplicabilidad de una norma, de cuya validez dependa el fallo, por ser contraria a la Constitución (art. 5, Ley 260 “Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua” aprobada el 7 de julio de 1998, publicada en La Gaceta número 137 del 23 de julio de 1998).

### ***2.1. Aplicación del principio de igualdad constitucional al supuesto analizado***

Como se dijo antes, la cláusula de renuncia a los trámites del juicio ejecutivo establecida en el Código Civil de Nicaragua, es un derecho subjetivo que las partes tienen de pactarla en los contratos de crédito hipotecarios y que gesta un derecho subjetivo facultativo para el acreedor quien desde el momento de la renuncia tiene a su disposición el procedimiento singular hipotecario.

La jurisprudencia nacional ha expresado reiteradamente que en caso que el acreedor no quisiera ejercerlo, tendría a su disposición otra matriz de procedimiento, el llamado Juicio Ejecutivo Corriente, donde a diferencia del proceso ejecutivo singular hipotecario, existe una etapa cognoscitiva donde hay oposición del ejecutado y culmina con una sentencia definitiva que puede cancelar la ejecución, ordenar seguir adelante con la ejecución procediendo a la entrega de lo debido o a la venta de lo embargado para con el producto de ella pagar al acreedor ejecutante.

En cambio el artículo 73 de la ley 561, establece un privilegio legal únicamente a favor del acreedor bancario y en contra del deudor bancario, que como se dijo antes, opera como una presunción legal de renuncia tácita en caso de silencio del deudor.

Estando así las cosas, el análisis que cabe hacer aquí es si el legislador infringió u observó el principio de igualdad al crear la norma del artículo 3790 C., y la del artículo 73 de la Ley 561.

Según lo estudiado sobre el principio de igualdad, el legislador, como portador de la voluntad general, debe ser neutral y no tomar partido a favor de una voluntad particular y al establecer diferencias legislativas deben ser objetivas, razonables y proporcionales, no discriminatorias.

Para ello procederemos a constatar si en el artículo 3790 C., el legislador observó las reglas de la igualdad formal:

- a) Inicialmente podemos verificar que todos los sujetos de derecho son destinatarios abstractos de la norma; una vez individualizados se transforman en partes del contrato de hipoteca, donde el deudor y el acreedor tienen derecho a pactar, de común acuerdo, la cláusula de renuncia a los trámites del juicio ejecutivo. Todos los individuos acreedores y todos los individuos deudores pueden hacer uso de la norma civil sin discriminación para regular sus transacciones crediticias hipotecarias.
- b) En el contrato de hipoteca encontramos dos tipos de sujetos: Acreedores y deudores. Según la norma estudiada todos los acreedores gozan de trato igualitario; igualmente todos los deudores. Las condiciones personales irrelevantes no son consideradas en la norma.
- c) A pesar de existir diferencias jurídicas relevantes entre la figura del acreedor y la del deudor, la norma estudiada no hace trato diferenciado. Ambos están en igualdad de condiciones para convenir mutuamente la renuncia a los trámites del juicio ejecutivo.
- d) Finalmente, la última regla exige identidad de trato procesal, pero aquí si encontramos un problema de aplicación porque existe una diferencia de trato procesal para las partes, consistente en no reconocerle al deudor el derecho de oposición dentro del juicio ejecutivo singular hipotecario. A primera vista pareciera violarse el derecho constitucional a la defensa, pero, como ya se estudió con anterioridad, la ley procesal establece otro mecanismo exclusivo para el deudor ejecutado, para que pueda defenderse, que es la reserva de la vía ordinaria, en la cual el deudor ejecutado puede ampliamente discutir sus derechos en juicio separado, pudiendo incluso impedir que el juez pague al acreedor ejecutante, mientras no rinda caución suficiente para garantizar los resultados del juicio ordinario posterior.

Además, no está vedado absolutamente al deudor alegar excepciones, pues la Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado su criterio de que es permitido al deudor oponerse cuando se transgredan presupuestos procesales, ausencia de mérito ejecutivo del contrato hipotecario, inexigibilidad de la deuda, etc.

Analicemos ahora la actuación del legislador en relación al artículo 73 de la Ley 561, constatando el cumplimiento de las reglas de la igualdad formal:

- a) No todos los sujetos de derecho son destinatarios abstractos de las normas, pues está dirigida solo al deudor bancario a quien se valora positivamente su silencio, pues en tal caso se presume que ha renunciado a los trámites del juicio ejecutivo.
- b) El trato es desigualitario y está basado en una supuesta protección a los depósitos de los ahorrantes. Al parecer, un deudor bancario es más peligroso que un deudor común y por eso es necesario eliminarle el derecho de negociar y pactar la renuncia a los trámites del juicio ejecutivo.
- c) La norma es un privilegio que se concede a los bancos y dicho trato diferenciado obedece a la supuesta seguridad jurídica que depositantes e inversionistas, nacionales y extranjeros, requieren para potenciar sus ahorros e inversiones en el territorio nicaragüense. Es discutible tal aseveración porque la renuncia tácita a los trámites del juicio ejecutivo objetivamente no es capaz de proveer tal seguridad jurídica o potencialización de los ahorros e inversiones; tal protección la provee la ley 551 y su reforma, que establece al Fondo de Garantía de los Depósitos (FOGADE) como el asegurador único de los depositantes y garante de las intervenciones y liquidaciones bancarias, al igual que otras leyes como la de la Superintendencia de Bancos y la del Banco Central de Nicaragua, en lo que le fueren aplicables.
- d) Finalmente, no hay identidad de trato procesal de la normas para todos, porque mientras el silencio del deudor común tiene valor negativo, para el deudor bancario, su silencio tiene valor positivo.

## ***2.2. Los límites a los derechos y la renuncia a los trámites del juicio ejecutivo del artículo 73 de la Ley 561***

Según nuestra Constitución política, ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no mande, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe (art. 32).

El constituyente en el preámbulo de la Constitución nicaragüense, aboga por la institucionalización y construcción de una nueva sociedad que elimine toda clase de explotación y logre la igualdad económica, política y social de los nicaragüenses y el respeto absoluto de los derechos humanos.

Luego, en el artículo 24 establece los límites constitucionales a los derechos de cada persona, preceptuando que dichos límites son los derechos de los demás, la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común.

Para luego instituir en el artículo 25 que toda persona tiene derecho: A la libertad individual, a su seguridad y al reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica.

Nuestra Constitución, como puede colegirse de los artículos citados, reconoce al individuo su inherente dignidad y la libertad de sus actuaciones lícitas, pero como se ha visto, constitucionalmente esos derechos no son absolutos, pues su condición social implica obligaciones con los intereses comunes y derechos de los demás (art. 24 Cn.). No obstante es meritorio aclarar que eso no significa sacrificios o excepciones injustificadas o desproporcionadas (Solozábal Echavarría, 2003).

La doctrina reconoce una diferencia conceptual entre límite que es legítimo y vulneración o lesión del derecho. Esta última se produce cuando un derecho se niega o ignora o se reconoce con un alcance inferior al garantizado por el ordenamiento. La vulneración es ilegítima y consiste en una actuación estatal, mediata o inmediata, jurídica o de hecho, con o sin ejercicio de autoridad, que impide al individuo conducirse de acuerdo con lo previsto en el derecho negado.

Sin embargo, la mayoría de los límites no están contemplados en la Constitución y muchos de ellos están implícitos, derivados de exigencias de unos derechos en relación con otros y de las demandas de protección de determinados bienes, en función del principio de unidad de la Constitución, que

afirma a la vez que el carácter normativo de toda ella, la efectividad de todas sus partes, y no sólo de la de los derechos.

Solozábal Echavarría (2003) afirma que todos los derechos son necesarios para el desarrollo de la persona y de que todos son igualmente imprescindibles en la vida democrática, cuyos límites explícitos o implícitos, explica de la siguiente manera:

El primer límite de los derechos fundamentales es el orden público entendido como el núcleo del derecho, aquel que garantiza el normal desarrollo de la convivencia ciudadana que no ponga en peligro a personas o bienes; las determinaciones esenciales del mismo, tienden a garantizar sobre todo la autonomía del individuo y su igualdad, impidiendo la discriminación y procurando su integración en el orden jurídico y político común. En este apartado se prescinde de la teoría minimalista que afirma que el orden público es aquel que conduce a la tranquilidad o paz exterior que permite gozar de los derechos y libertades; e igualmente se prescinde de la teoría esencialista que habla de orden político como el conjunto o síntesis de los valores del sistema.

Si analizamos el artículo 73 de la ley bancaria, a la luz del concepto nuclear de orden público, fácilmente podemos apreciar que a pesar de que no obstaculiza el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, ni pone en peligro personas o bienes, no podemos decir lo mismo en cuanto a garantizar la autonomía del individuo llamado deudor bancario, ni su igualdad con otro tipo de deudores, porque le resta voluntad propia al imponerle un valor positivo a su silencio, provocando con ello una discriminación y una desintegración del deudor bancario en relación al orden jurídico común, pues recibe un trato a todas luces diferente e injustificado.

El segundo límite es el Derecho Penal, que no se abordará en este estudio.

El tercer límite es el ejercicio de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, como los reconocidos en el artículo 46 Cn., que se refiere a la vigencia, respeto, promoción y protección de los Derechos Humanos consignados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas y la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

El análisis del artículo 73 de la ley 561 en relación con los preceptos internacionales ratificados por Nicaragua en el artículo 46 y que consignan derechos humanos, requiere de un mayor estudio que no es el que se persigue con este trabajo.

También existen los límites generales al ejercicio de todos los derechos, que impiden que el texto literal de ley pueda ser eficazmente utilizado para amparar actos contrarios a la realización de la justicia (STS 17 de mayo de 1968). Se trata de la prohibición al abuso del derecho que se produce cuando un titular de un derecho subjetivo actúa conforme a la norma legal que le concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales o económicos del Derecho.

Para el análisis del artículo 73 de la ley bancaria nicaragüense, en relación a la prohibición del abuso del derecho, se recurrirá al auxilio de los conceptos de justicia y buena fe, lo cual tiene también vínculo con la teoría de la equivalencia en las prestaciones contractuales que será abordada adelante.

Otro límite lo constituyen el propio alcance, origen e imposición de la vigencia de los derechos, lo cual tiene una referencia extraconstitucional, en el contexto histórico y social que atraviesa la sociedad. Cabe aquí destacar que dentro de estos límites se encuentra la misma superioridad de la Constitución la cual no comprende la absoluta libertad del constituyente para dotarla de cualquier contenido y la facultad del legislador de reformar parcial o totalmente la misma Constitución. No es el caso en estudio.

Por último, el límite conocido con el nombre de reserva de ley, que es una cláusula constitucional referida a la actuación normativa del legislador sobre lo esencial de la vida común. En nuestra Constitución, el legislador tiene competencia universal para legislar (art. 138 Cn.), aunque también debe respetar la exigencia constitucional en sus creaciones legislativas debiendo articularlas con la norma fundamental, es decir, que sean congruentes y adecuadas a la Constitución. (Art. 129 Cn.). De tal manera que el plano en que se desenvuelve el legislador al concretizar los derechos constitucionales, fundamentales o positivos, es inferior al constitucional.

Si la dignidad humana es un derecho constitucional que se expresa a través de la voluntad propia del individuo, a quien se le reconoce personalidad y capacidad jurídica para actuar libremente, el legislador está llamado a respetar dichos derechos y garantizar su ejercicio, creando normas que los desarrollen, promuevan y protejan, tratando de que dichas normas sean congruentes con la Constitución. El artículo 73 de la ley 561 es notoriamente incongruente porque limita la voluntad del deudor bancario, vulnerando su dignidad.

Cuando el legislador rompe los límites que le impone la reserva de ley, cabe el control constitucional de la norma legal, que funciona también en base al contenido constitucional (art. 187 Cn.), de ahí que sea posible recurrir contra el artículo 73 de la ley 561, sea de oficio o solicitando las partes al juez de primera instancia, su inaplicabilidad, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua (LOPJ).

### **3. El artículo 3790 C., y el artículo 73 de la Ley 561 versus el consentimiento como elemento esencial en los contratos; el principio *pacta sunt servanda* y la equivalencia de prestaciones contractuales**

A continuación se hace un análisis de la renuncia expresa del artículo 3790 C y de la renuncia tácita del artículo 73 de la ley 561, en relación a conceptos de derecho privado, tales como el consentimiento que es un requisito esencial de los contratos; también se confrontan con el principio *pacta sunt servanda* que es sinónimo de seguridad jurídica y que entra en tensión con la justicia ante determinadas circunstancias que afectan el equilibrio de prestaciones entre las partes contratantes, dando lugar a la intervención del derecho para restablecer dicho equilibrio o equivalencia.

#### **3.1 *El consentimiento: requisito esencial en la renuncia y en la aceptación hecha por las partes contratantes***

El Principio de autonomía de la voluntad establece que ninguna de las partes del contrato puede imponer unilateralmente a la otra el contenido de las obligaciones que lo conforman, pues el contrato debe ser fruto de un acuerdo previo entre las partes, sin lesionar preceptos jurídicos imperativos.



Los límites al principio de autonomía de la voluntad son siempre de carácter legal. Generalmente, se habla de la moral, el orden público y las buenas costumbres como límites a este principio, pero éstos limitan el principio en cuestión en tanto están contemplados en la ley. La legislación común nicaragüense establece que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público (art. 2437 C).

Las buenas costumbres son aquellas reglas de moral a que deben ajustarse todas las personas y que no pueden ser derogadas convencionalmente. Por supuesto, varían con los tiempos y los pueblos.

Pueden mencionarse también, como algunos de los límites que podríamos llamar genéricos, la exigencia de un objeto lícito del contrato, o la exigencia de celebración de ciertas formalidades en el caso de los contratos solemnes.

Ahora bien, valga recordar que todo límite al principio de autonomía de la voluntad constituye una excepción a la regla. Es por esta circunstancia que las limitaciones a este principio deben constar expresamente en la ley.

Así como el principio de autonomía de la voluntad deja al arbitrio de las partes convenir los términos y condiciones que regirá sus transacciones jurídicas, también les permite renunciar a ciertos derechos sustantivos y adjetivos, siempre y cuando no sean jurídicamente irrenunciables (art. XII Título preliminar y 2121 C., y art. 7 Pr). Tal renuncia no está sujeta a ninguna forma exterior puede hacerse de forma expresa o tácita (art. 2122 C). La renuncia expresa opera cuando la ley exige que sea manifestada de esa manera y no ofrece mayores problemas de interpretación. Pero la tácita sí ofrece alguna dificultad, pues para interpretarla hace falta definir aquellas conductas que la exteriorizan y que sin duda alguna demuestran la voluntad de las partes a renunciar. Nuestra legislación común establece que la renuncia o remisión no se presume y la interpretación de los actos que induzcan a probarla debe ser restrictiva (art. 2123 C.). Además la renuncia puede ser retirada mientras no hubiere sido aceptada por la persona en cuyo favor se hace (art. 2124 C.). El artículo 73 de la ley 561 rompe toda la legislación y doctrina tradicional sobre la figura jurídica de la renuncia.

Otro enfoque importante del tema es a partir de la voluntad de aceptar de los sujetos, como elemento esencial en los contratos (art. 2436 y 2447 C) y que consiste en la manifestación libre y

clara, hecha de palabras o por escrito o por hechos o actos que necesariamente impliquen el acuerdo de los estipulantes (art. 2448 C; Brenes Córdoba, 2009, Roca Sastre, 1948). Esta última se conoce como aceptación o declaración presunta o tácita (Herrera Espinoza & Guzmán García, 2006). Desde que la estipulación se acepta, queda perfecto el contrato, salvo que la ley exija alguna formalidad; pero en todo caso se tendrá como una promesa exigible (art. 2449 C).

La llamada aceptación tácita se presenta cuando la voluntad se exterioriza mediante actos de los que solo cabe inducir un pensamiento o una consecuencia única, de manera que no haya duda de la intención o voluntad de la parte que la manifiesta. Para que haya aceptación de una de las partes contratantes, debe precederla una oferta o propuesta. Así se interpreta el contenido del artículo 1229 C., en relación a la aceptación de la herencia; artículo 2723 C., sobre la aceptación de la cesión de derechos; artículo 2777 C., sobre aceptación de donaciones; y artículo 3294 C., aceptación del mandato, entre otros. La aceptación puede realizarse en el momento de la oferta o en acto separado. Si aplicáramos las reglas de la aceptación al artículo 73 de la ley 561, encontramos que no supone ninguna oferta, sino que el derecho gestado a favor del acreedor bancario deviene del silencio puro y simple del deudor bancario.

La aceptación presunta se presenta cuando no se hace uso del principio de contradicción y se deduce de un hecho, haciendo una interpretación más racional, usual, verosímil. Es el caso del deudor que en la contestación de la demanda no niega las afirmaciones ni los documentos opuestos en su contra por el actor (Roca Sastre, 1948).

La llamada aceptación presunta o tácita, es equiparable a la presunción humana pues admite prueba en su contra (art. 1385 Pr); y por ello no llega a ser una presunción legal (art. 1380 Pr). Entonces, no es posible explicar el artículo 73 de la ley 561 a partir de la aceptación tácita ya que la ley bancaria la establece como una presunción legal.

En materia procesal, el silencio no conlleva consentimiento, sino más bien negación o rechazo a la propuesta o a la afirmación que hace la contraparte; este es el caso de la contestación negativa del rebelde (art. 134 Pr). Excepcionalmente se da valor positivo al silencio y es el caso de la contestación de la demanda que no niega las afirmaciones ni rechaza los documentos opuestos al demandado, o la confesión ficta recientemente declarada inaplicable por inconstitucionalidad y el reconocimiento

ficto de firma. Esas excepciones obedecen al principio de contradicción de los procesos judiciales, de lo cual queda evidencia escrita. Pero la norma del artículo 73 de la legislación bancaria da valor positivo al mero silencio del deudor bancario, sin que haya forma de evidenciar que el deudor ha querido renunciar a los trámites del juicio ejecutivo.

El Código de Comercio de Nicaragua, en adelante CC, establece que las costumbres mercantiles sirven no sólo para suplir el silencio de la ley, sino también de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles (art. 5 CC); tal costumbre debe ser debidamente probada (art. 4 CC). De conformidad con esta norma determinados actos o convenciones mercantiles, el silencio entre ellos, podría interpretarse con valor positivo. En el caso del artículo 3790 C., la ausencia de pacto en relación a la renuncia estudiada, se interpreta como negativa de las partes a hacerlo y ello ha regido los negocios jurídicos desde 1906, por lo que no se concibe la existencia de una costumbre mercantil que apunte a darle valor positivo al silencio de una de las partes al suscribir un contrato de crédito hipotecario. Sobre el art. 73 de la Ley 561, puede decirse que no admite la aplicación de una probable costumbre mercantil, pues esta norma autoriza a dar valor positivo al silencio del deudor.

En las normas procesales no cabe la existencia de una norma creada por la actividad de los particulares en el seno de la sociedad (Montero Aroca, 2010), pues rige el principio de legalidad y la ley es la fuente única de los procesos.

Otro aspecto que se hace necesario averiguar es si el puro silencio puede valer como declaración de voluntad hábil para perfeccionar derechos y obligaciones. Esto nos lleva a considerar el tema de la prescripción, positiva y negativa, en la cual la inactividad genera la adquisición de un derecho o la liberación de una carga u obligación, respectivamente, por el lapso y bajo las condiciones determinadas por la ley (art. 868 y 878 C). Pero la prescripción positiva debe alegarse como acción y la prescripción negativa únicamente puede alegarse como excepción, para poder ser declaradas judicialmente mediante sentencia firme (Contreras Ortiz, 2007; art. 876, 877, 882, 885 y 887 C). No es el caso de la renuncia tácita del deudor bancario.

En nuestro ordenamiento jurídico también existe la figura del silencio administrativo, regulado en La Ley 350, denominada Ley de regulación de la jurisdicción de lo contencioso-

administrativo, en su artículo 2 numeral 19 y lo define como “el efecto que se produce en los casos en que la Administración Pública omitiere su obligación de resolver en el plazo de treinta días. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración hubiere dictado ninguna resolución, se presumirá que existe una aceptación de lo pedido a favor del interesado”. El art. 73 de la Ley 561 no es una norma de derecho administrativo pues no está dirigido a la administración pública, sino a entes privados dedicados a la intermediación financiera, por lo que no cabe aplicar el silencio administrativo en este supuesto.

No cabe duda de que la desafortunada redacción que el legislador nicaragüense dio al art. 73 de la Ley General de Bancos, instituciones financieras no bancarias y grupos financieros, infringe el principio de autonomía de la voluntad, al establecer el consentimiento tácito en los contratos bancarios, aceptando su producción por el mero silencio del deudor, lo que contrasta con la legislación, la doctrina y la jurisprudencia en materia de derecho contractual.

### ***3.2. El principio “Pacta sunt servanda” y la equivalencia en las prestaciones***

En materia de contrataciones rige el principio “*pacta sunt servanda*” (art. 2479, 1836 C), que convierte al contrato suscrito entre las partes en una ley particular de obligatorio cumplimiento para ellas, respaldada por la función declarativa y ejecutiva del órgano jurisdiccional. El respeto a la autonomía privada, en este campo del derecho, tiene carácter prioritario y la injerencia del derecho es mínima y se orienta a la protección de la seguridad jurídica. El principio de intervención mínima no es más que el principio de proporcionalidad (Solazábal Echavarría, 2003) y lo encontramos en el artículo 32 Cn., que reza: Ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no manda, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe.

El principio *pacta sunt servanda* implica una amplia libertad en la gestación de los contratos, además de una libertad de determinación en el contenido de la relación contractual; aunque es preciso aclarar que la ley establece requisitos esenciales mínimos como el consentimiento en un clima de libertad; el objeto real, idóneo o posible y apto o lícito; y la causa que es pura exigencia de justicia que dota al acuerdo de juridicidad y suficiencia ética.

Tales requisitos son imperativos e inderogables por la voluntad de las partes, de tal manera que el contrato así suscrito tiene atendibilidad jurídica, exigibilidad y respaldo estatal, pues el ordenamiento jurídico es respetuoso con la norma contractual libremente establecida por las partes.

En un contrato oneroso existe intercambio de prestaciones, de ahí que la doctrina considere que genera consecuencias sinalagmáticas o recíprocas a las partes. Ambos contratantes buscan un beneficio o provecho económico, que puede mantenerse estático o alterarse con el tiempo. Si se altera hay desequilibrio subjetivo por circunstancias coetáneas o posteriores al contrato, de tal manera que si la prestación de una parte se reduce o se aumenta, la equidad y la justicia señalan que en tal caso debe reducirse o aumentarse la prestación de la contraparte para conservar el equilibrio de las prestaciones.

El ordenamiento jurídico reconoce la estructura sinalagmática<sup>7</sup> y de tracto sucesivo del contrato de crédito hipotecario (art. 1968, 2444, 3771, 3862, 2045 C); ello significa que dentro de esa estructura existen prestaciones recíprocas entre las partes, además de garantías o medios de defensa tendientes a conseguir que ninguna de las partes vea conculcados sus derechos por la actuación prepotente o hábil de la otra. Esta protección procura que en las vicisitudes posteriores a la gestación del contrato, la posición de las partes se mantenga formalmente inalterable.

Lo que garantiza la estructura sinalagmática del contrato oneroso es la paridad jurídica entre los contratantes, una igualdad formal de posiciones. Una equivalencia en sentido jurídico (Arrechedera Aranzadi, 1978) que debe conservarse desde la suscripción del contrato hasta su ejecución.

Cuando hay incumplimiento de obligaciones hay también desequilibrio, pero en ese caso la ley tiene previsiones sobre las consecuencias de dicho incumplimiento y exige que las prestaciones se realicen tal y como se pactaron. Tales consecuencias demuestran que el ordenamiento es respetuoso con la norma particular nacida de la autonomía de voluntad de las partes. En este caso la igualdad formal se vuelve contra una de las partes.

---

<sup>7</sup> La característica sinalagmática del contrato de crédito hipotecario se refleja en que la prestación del acreedor hipotecario consistente en entregar el objeto del contrato, que generalmente es una cantidad de dinero, corresponde la contraprestación del deudor de entregar o devolver la suma empréstada junto con sus intereses.

El desequilibrio también puede presentarse con posterioridad a la firma del contrato, cuando surgen circunstancias extraordinarias imposible de ser previstas por las partes, que superan el riesgo normal asumido por las mismas en la contratación y que lesionan los intereses de una sola de las partes y el equilibrio de las recíprocas prestaciones.

Puede apreciarse que en circunstancias de desequilibrio, se presenta una tensión entre el principio de seguridad jurídica, representado por la regla *pacta sunt servanda*, y la justicia. En principio prevalece la seguridad jurídica, pero en determinados casos, tal seguridad jurídica se vuelve una injusticia y en consecuencia cesa para dar paso y hacer prevalecer la justicia. Se habla entonces de la teoría de la estabilización, que viene a corregir y compensar el desequilibrio.

La teoría de la estabilización o principio *rebus sic stantibus* o principio de trato equivalente, es una excepción reconocida por la doctrina, refrendada por la jurisprudencia europea y en el caso de Italia ha sido positivizada. Responde a la necesidad de buscar una solución justa al margen de la norma particular del acuerdo entre las partes y en cierto modo la excepciona.

En el código civil nicaragüense, el principio o teoría de la estabilización la encontramos expresamente regulada en los artículos 2480 y 3128, C., que sujetan los efectos y el cumplimiento de los contratos al principio de equidad.

Existen otras disposiciones en nuestro ordenamiento civil que son una manifestación del principio de equidad tales como la figura de la compensación por mora (arts. 1859 y 1860 C); la acción de resolución (arts. 1885, 2586, 2662, 2685, 2797 y 3950 C); la distribución de los riesgos (3239 C) y las previsiones en caso de incumplimiento de contrato por una de las partes (arts. 1839, 1844, 1854, 1859 C).

La teoría *rebus* cumple doble función:

- i) Restablecer el equilibrio en las prestaciones como circunstancia caracterizadora del supuesto de hecho previsto en la doctrina de la clausula *rebus*. Es una pauta innata de justicia y es un indicio de una situación que reclama tal justicia.

- ii) Restaurar la equivalencia de las prestaciones como obvia exigencia de justicia nos lleva a afirmar que la jurisprudencia que la creó es incuestionable. No necesita explicación o justificación. Es lo propio del contrato oneroso. Es un criterio regulador de la situación que reclama simple exigencia de justicia, sin mediación de norma positiva.

Estamos ante un conflicto de intereses que debe ser resuelto con criterios de justicia que la norma general no prevé y la cláusula *rebus* de la equidad, lo hace a través de sus efectos modificativos, no resolutorios o extintivos.

La jurisprudencia española, en sus sentencias del 28 de enero de 1970, 15 de marzo de 1972 (Arrechedera Aranzadi, 1978), afirma que la aplicación de la cláusula *rebus* no contraría el principio *pacta sunt servanda*, ni los principios sobre los que gira la construcción técnica del contrato, porque trata de resolver situaciones muy particulares, imposibles de solucionar con las reglas generales.

De ahí que el Tribunal español también afirme que la aplicación de la cláusula *rebus* es peligrosa por su carácter excepcional *contra tenorem rationis* o al menos tangencial a los principios básicos del derecho, razón que obliga a admitirla cautelosamente y con debida justificación. Como se dijo antes, la necesidad de aplicación de la cláusula *rebus* es restrictiva y de exclusiva elaboración doctrinal y jurisprudencial; es subsidiaria porque se requiere de la inexistencia de otro remedio positivo, como la acción de Nulidad; tiene efectos modificativos tendientes a compensar el equilibrio en las prestaciones u obligaciones.

No obstante, el mismo tribunal ha expresado que en los casos en que no sea posible restituir el equilibrio jurídico, podría tener efectos resolutorios, pero sólo cuando lo pactado atente grave y patrimonialmente a una de las partes o cuando siendo posible modificar el contrato, por efecto de la cláusula, quede frustrado el interés de alguna de las partes.

Las premisas fundamentales enumeradas por la jurisprudencia española para la aplicación de la cláusula *rebus*, son las siguientes (Arrechedera Aranzadi, 1978):

- i. Desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del

equilibrio de las prestaciones. El juez debe observar en los hechos, si se ha roto el equilibrio patrimonial o no.(art. 3407 C).

- ii. Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al momento de celebración del mismo. Las partes suscriben el acuerdo contractual o norma privada sobre la base de determinadas circunstancias existentes en ese momento, por lo que si estas desaparecen provocan la desaparición de la norma privada, si no hay forma de recomponerla o modificarla en relación al cambio producido.
- iii. Que todo ello acontezca por la producción de circunstancias radicalmente imprevisibles. Lo imprevisible es lo no exigible, lo que como tal ni siquiera pensaron las partes en la posibilidad de su acaecimiento. Las partes al contratar están obligadas a prever los medidas oportunas a los eventos ordinarios en un negocio determinado (art. 1864 in fine, 2916 in fine, 3311, C).

El primero y el último de los presupuestos no se cumplen en el caso estudiado ya que estamos ante una norma legal, de la que no se puede alegar ignorancia.

### ***3.3 Aplicación de la cláusula rebus sic stantibus al desequilibrio causado por el artículo 73 de la Ley 561***

El artículo 73 de la ley 561 es una norma que desequilibra la relación contractual porque limita la libertad de las partes de gestar su contrato y de determinar libremente el contenido de su relación jurídica pues se origina en el silencio del deudor bancario. Es una circunstancia que nace con posterioridad a la suscripción del contrato de crédito hipotecario y producto del silencio del deudor bancario, originando un desequilibrio en las prestaciones. Deja de ser materia propia del principio *pacta sunt servanda* y se convierte en un beneficio adicional que la ley provee gratuitamente al acreedor bancario.

También causa tensión entre la seguridad jurídica y la justicia, al eliminar la reciprocidad o sinalagmatismo del contrato de crédito hipotecario bancario, imponiendo una consecuencia al



deudor bancario que normalmente no tiene el deudor común. De tal manera que puede afirmarse que la ley ha extendido el régimen de responsabilidad mas allá de lo razonable.

En nombre de los “ahorrantes” se crea una norma especial bancaria, un privilegio que transforma el principio de intervención mínima de la ley en las contrataciones, en un exceso del legislador, que va mas allá de la seguridad jurídica que ofrece el *pacta sunt servanda*.

La renuncia tácita del artículo 73 de la ley 561, no causa desequilibrio patrimonial para alguna de las partes, pero si ocasiona una alteración de circunstancias en el momento de cumplir el contrato porque se aplica una norma legal que no fue pactada por ellas en el contrato y ello sobreviene por disposición de la ley, de tal manera que no es imprevisible. Sin embargo, la renuncia tácita es de obligatoria aplicación en las acciones ejecutivas hipotecarias a favor de los bancos y ese hecho desborda el consentimiento de las partes y por ello la Corte Suprema de Justicia ha desvalorado los contratos de adhesión bancarios, calificando de abusivas las cláusulas de renuncia que generalmente están obligados los deudores a aceptar y que son permisos legales establecidos a favor de las instituciones financieras en Nicaragua.

Dado el carácter restrictivo y subsidiario de la cláusula *rebus sic stantibus*, se hace necesario agotar la búsqueda de otros remedios positivos que puedan aplicarse antes de recurrir a ella. Puede afirmarse con certeza, que contra la “renuncia tácita” no cabe ningún recurso ordinario ni extraordinario para exigir su modificación, nulidad o revocación, pues se trata de una norma legal especial, que únicamente podría ser neutralizada por el control constitucional difuso.

Otro aspecto importante de obligado análisis, consiste en valorar si ese privilegio bancario del artículo 73, creado por el legislador contra el tenor de la razón o contra los principios generales del derecho a los que obedece el derecho común, satisface o responde a alguna utilidad, necesidad o razón social, dictadas para afrontar situaciones de emergencia, más o menos duraderas. Es sabido que cuando se dictan este tipo de normas de derecho social o de acentuado matiz social, generalmente son protectoras del los económica y jurídicamente débiles y tienen carácter predominantemente imperativo o de Derecho necesario, respecto de las normas del Código Civil, inspirados en los principios de autonomía de la voluntad y de la igualdad de las partes en la consumación del contrato. Sin embargo, tal técnica jurídica no impide que el Derecho tenga

coherencia sistemática y conexión lógica a la par del ingrediente ético, sentido socialmente y convertido en política legislativa.

En ese sentido reviste trascendencia especial el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Retortillo Baquer, 2003), que ha dejado claramente sentada su opinión de que el legislador debe detenerse a analizar si la injerencia de la ley en la libertad obedece a la necesidad indiscutible en una sociedad democrática, pues la exigencia al legislador es facilitar a los ciudadanos su vida como miembros de un Estado, en el que hay obligaciones que cumplir, reglas que respetar, conductas que evitar, o beneficios de que disfrutar, para lo cual lo primero es poder llegar a conocerlos. Si se quiere una ley compatible con la preeminencia del derecho, esta debe ofrecer protección contra los ataques arbitrarios del poder público para con los derechos garantizados. El peligro de la arbitrariedad aparece con claridad cuando un poder de apreciación es ejercido en secreto, por lo cual, la ley tiene exigencias actuales: Debe tener una base legal, ser accesible, previsible en cuanto al sentido y naturaleza de las medidas de aplicación.

Aquí conviene analizar si la creación del artículo 73 de la ley 561 tiene alguna utilidad o si era necesaria para afrontar situaciones de emergencia más o menos duradera. Mi respuesta es no, porque la utilidad de dicha norma excepcional se reduce a imponer el valor positivo del silencio al deudor bancario para abrir el juicio ejecutivo hipotecario en caso de incumplimiento de su parte.

Resulta innecesaria tal utilidad puesto que la misma ley 561 establece otro procedimiento hipotecario especial para el acreedor bancario, tanto o más eficaz y económico que el denominado juicio ejecutivo singular hipotecario regulado en la ley común.

Podría alegarse la protección de bienes jurídicos colectivos, como la seguridad de los depósitos de los ahorrantes, con lo cual también daría lugar al señalamiento que una norma de tal envergadura no da mayor seguridad a dichos depósitos, sino que serán otras medidas las que garanticen a los ahorrantes su dinero y paliar los riesgos asumidos por ellos al contratar con un banco, como las establecidas en la Ley 551, Ley del Sistema de Garantía de Depósitos, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, Número 168 del 30 de agosto del 2005 y reformada por medio de la Ley 563, Ley de Reforma a la Ley 551, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, Número 229 del 25 de noviembre del mismo año, que instituye al asegurador exclusivo de los depósitos que el público mantiene en las

entidades miembros del Fondo de Garantía de los Depósitos (FOGADE), que es reforzado con la colaboración de otras instituciones de la red de seguridad financiera, como el Banco Central de Nicaragua y la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras.

#### **4. Los mecanismos de seguridad jurídica del contrato de hipoteca y del procedimiento ejecutivo hipotecario: La fe pública notarial, la fe pública registral y la actividad jurisdiccional**

En cuanto a la renuncia del artículo 3790 C., ya se dijo que debe producirse con el consentimiento de las partes contratantes y una vez hecha produce el nacimiento de un derecho subjetivo del acreedor para exigir, a su opción, la ejecución del inmueble hipotecado a través del juicio ejecutivo singular o el cumplimiento de la obligación a su deudor mediante el juicio ejecutivo corriente.

Se hace una revisión de las garantías que ofrece la Hipoteca y el procedimiento ejecutivo hipotecario, tratando de descubrir debilidades que tal vez justifiquen la creación del artículo 73 de la ley 561, pero contrario a cualquier creencia, existen una serie de mecanismos legales que protegen a ambas partes.

Por una parte, la fe pública notarial se sitúa en la constitución de la hipoteca y en el pacto de renuncia a los trámites del juicio ejecutivo, seguida de la fe pública registral que perfecciona el contrato con su inscripción en el Registro Público competente y que posteriormente da fe de la vigencia de la hipoteca inscrita previo al procedimiento de ejecución, concluyendo el sistema de garantías con la tutela efectiva del órgano jurisdiccional que, de oficio, está obligado a pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda y el cumplimiento de los requisitos legales para dar curso a la ejecución hipotecaria. De lo expresado, se desprende que eliminar el pacto de renuncia solamente eliminaría un requisito de seguridad, siempre que beneficiara a las partes por igual. Pero en el caso del artículo 73 de la ley 561 se sacrifica al deudor bancario, lo que implica una desigualdad y un desequilibrio de prestaciones en el contrato.

Por lo antes expuesto y como ya se dijo antes, es posible provocar la inaplicabilidad del artículo 73 de la Ley 561, a través del control constitucional difuso regulado por el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua. Con ello se conseguirá restablecer la observancia del

principio de igualdad, el orden constitucional violentado por dicha norma, el equilibrio en las prestaciones y la seguridad jurídica implícita en el principio *pacta sunt servanda*.

En cuanto a la renuncia del artículo 3790 C., ya se dijo que debe producirse con el consentimiento de las partes contratantes y una vez hecha produce el nacimiento de un derecho subjetivo del acreedor para exigir, a su opción, la ejecución del inmueble hipotecado a través del juicio ejecutivo singular o el cumplimiento de la obligación a su deudor mediante el juicio ejecutivo corriente.

El legislador de 1906 no optó por crear un procedimiento especial ejecutivo autónomo hipotecario, sino que creó un procedimiento derivado del juicio ejecutivo corriente, mediante el pacto de renuncia a los trámites de este. Aún así es un procedimiento muy utilizado que ha generado mucha jurisprudencia.

Independientemente de la razón que tuvo el legislador para positivizar el pacto de renuncia a los trámites del juicio ejecutivo la realidad demuestra que los bancos ya no la pactan en sus contratos en virtud de su privilegio legal y los acreedores comunes siempre la incluyen en sus contratos de crédito hipotecarios porque el juicio singular hipotecario es una respuesta más ágil y económica a sus pretensiones procesales.

Por las razones expuestas y dada la utilidad práctica demostrada por el juicio ejecutivo singular hipotecario, se hace necesario eliminar por vía de reforma la renuncia establecida en el artículo 3790 C., con lo cual quedaría normado un procedimiento especial hipotecario autónomo, similar a los procedimientos ejecutivos especiales de prenda agraria e industrial y de prenda comercial que existen en nuestra legislación desde 1937 y 1992, respectivamente y que no hacen diferencias personales entre las partes involucradas, probando una efectiva protección de las transacciones jurídicas de crédito en este país. Esta autonomía del juicio singular hipotecario estaría en correspondencia con la tendencia actual de las legislaciones modernas para las ejecuciones hipotecarias.

## 5. Conclusiones

- 5.1 La llamada renuncia del art. 3790 C., constituye un derecho subjetivo de las partes de pactar, expresamente, en el contrato de crédito hipotecario, la renuncia a ciertos trámites del juicio ejecutivo, evitando la fase cognitiva del juicio ejecutivo corriente y el debate que pueda retardar la ejecución hipotecaria. No obstante, el debate no es eliminado por completo, sino que es limitado a ciertas excepciones que puede oponer el deudor ejecutado una vez que ha sido requerido de pago judicialmente.
- 5.2 El Juicio Ejecutivo Hipotecario, no es un procedimiento autónomo, a pesar de la importancia práctica económica y de la especialidad de la garantía, pues es un procedimiento derivado del Juicio Ejecutivo Corriente y que únicamente puede abrirse cuando se ha hecho la renuncia de que trata el art. 3790 C., en el caso de contratos hipotecarios regidos por la legislación común.
- 5.3 La renuncia del art. 3790 C., no es inconstitucional pues es una norma potencialmente aplicable a todos los sujetos, sin diferenciaciones ni discriminaciones de ningún tipo. Es una norma que respeta el principio de igualdad y por tanto la supremacía de la Constitución Política, a pesar de que su creación es anterior a esta y de muy antigua data, pues se encuentra vigente desde 1906.
- 5.4 El legislador respeta la exigencia de neutralidad legislativa en la creación del art. 3790 C.
- 5.5 El art. 3790 C., no infringe los límites a los derechos constitucionales y positivos. Respeto el orden público y la reserva de ley.
- 5.6 La renuncia del art. 3790 C., no infringe el principio *pacta sunt servanda* ni el requisito esencial del consentimiento en los contratos, pues las partes son libres de pactar dicha renuncia, estableciéndola o no en el contrato de crédito hipotecario.
- 5.7 El art. 3790 C no crea desequilibrio de prestaciones contractuales, porque el acuerdo de las partes de renunciar se mantiene como parte de la norma particular o contrato.
- 5.8 No obstante haber sido atacada por infringir el principio de defensa, la llamada renuncia del art. 3790 C., no cierra la posibilidad de discutir los derechos que le asistan al deudor, pues en el art. 1831 Pr., se establece el derecho exclusivo del mismo de hacer reserva de la vía ordinaria para discutir sus derechos en procedimiento ordinario posterior y con la amplitud que este otorga. Incluso el deudor puede evitar que se le pague al acreedor ejecutante, exigiendo caución suficiente para garantizar los resultados del juicio ordinario posterior.

- 5.9 Sobre la defensa del deudor ejecutado, la Corte Suprema de Justicia ha sentado jurisprudencia en relación al derecho que este tiene de hacer valer excepciones, aunque el juicio ejecutivo singular hipotecario no contemple trámite de oposición o debate; en ese sentido le reconoce al deudor ejecutado su derecho a alegar violación de los presupuestos procesales, inexigibilidad de la deuda y falta de mérito ejecutivo del instrumento que sirve de base a la ejecución.
- 5.10 El pacto de renuncia del art. 3790 C., genera un derecho subjetivo a favor del acreedor ejecutante y que consiste en que este tiene a su disposición una acción real que puede ejercitarla directamente sobre la garantía hipotecaria para satisfacer el pago de su crédito. El acreedor puede decidir no ejercitar la acción real nacida de la mencionada renuncia del art. 3790 C., y en sustitución interponer la acción personal que le concede la obligación principal de crédito, dirigiendo la ejecución sobre la persona del deudor y sobre otros bienes de su patrimonio, distintos al hipotecado.
- 5.11 La renuncia del art. 73 de la Ley 561, Ley General de Bancos, Instituciones financieras no bancarias y grupos financieros, es una norma especial que otorga valor positivo al silencio del deudor bancario, en el sentido de que cuando no consta en el contrato de hipoteca tal renuncia significa que el deudor la ha hecho.
- 5.12 No obstante que la Ley 561 rubrica a su art. 73 con la denominación de “renuncia tácita”, la característica principal de dicha norma no coincide con los elementos propios que la legislación reconoce a la figura jurídica de la renuncia, pues lejos de consistir en hechos exteriorizados por el deudor bancario de los que pueda interpretarse la voluntad de renunciar a los trámites del juicio ejecutivo, esta se deriva del silencio puro y simple del deudor bancario.
- 5.13 El art. 73 de la ley 561 es innecesaria como garante de los depósitos de los ahorrantes pues hay una institución jurídica especial que es el FOGADE, asegurador exclusivo de los depósitos bancarios, que pretende generar confianza y estabilidad al sistema financiero nicaragüense, a través de la Ley 551, Ley del Sistema de Garantía de Depósitos, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 168 del 30 de agosto del 2005 y reformada por medio de la Ley 563, Ley de Reforma a la Ley 551, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 229 del 25 de noviembre del mismo año.

- 5.14 La renuncia del art. 73 de la Ley 561, podría ser declarada inconstitucional, por ser una norma que rompe las reglas de la igualdad formal y crear discriminación entre acreedor común y acreedor bancario; entre deudor común y deudor bancario.
- 5.15 Es posible demostrar que el legislador del 2005 ha infringido la exigencia de neutralidad legislativa que le impone el principio de igualdad, pues con la creación del art. 73 de la Ley 561 se evidencia haber tomado partido por una voluntad particular, la de los bancos.
- 5.16 El art. 73 de la Ley 561 excede el límite del orden público, concepto nuclear del Derecho, porque a pesar de que no obstaculiza el normal desarrollo de la convivencia ciudadana ni pone en peligro personas o bienes, no podemos decir lo mismo en cuanto a garantizar la autonomía del individuo llamado deudor bancario, ni su igualdad con otro tipo de deudores, porque le resta voluntad propia al imponerle un valor positivo a su silencio, provocando con ello una discriminación y una desintegración del deudor bancario en relación al orden jurídico común, pues recibe un trato a todas luces diferente e injustificado.
- 5.17 El art. 73 de la Ley 561 excede el límite de la reserva de ley otorgada al legislador, ya que trastoca la dignidad humana que es un derecho constitucional que se expresa a través de la voluntad propia del individuo, a quien se le reconoce personalidad y capacidad jurídica para actuar libremente. El legislador, por exigencia de la reserva de ley, está llamado a respetar dichos derechos y garantizar su ejercicio, creando normas que los desarrollen, promuevan y protejan, tratando de que dichas normas sean congruentes con la Constitución. El art. 73 de la ley 561 es notoriamente incongruente porque limita la voluntad del deudor bancario, vulnerando su dignidad.
- 5.18 El mecanismo para obtener la inaplicabilidad del art. 73 de la Ley 561, es el control constitucional difuso establecido en el art. 5 de la Ley Orgánico del Poder Judicial de la República de Nicaragua.
- 5.19 El art. 73 de la Ley 561 rompe el principio de seguridad jurídica de la regla *pacta sunt servanda* que rige en las contrataciones, excediendo la intervención mínima del legislador en este campo del derecho.
- 5.20 A pesar de que el art. 73 de la Ley 561 provoca un desequilibrio de prestaciones en perjuicio del deudor bancario, en el contrato de crédito hipotecario, que es conmutativo, oneroso y de tracto sucesivo, tal desequilibrio no cumple con todos los requisitos necesarios para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la cual es de aplicación subsidiaria, restrictiva y excepcional en caso de que no exista mecanismo positivo para corregir el desequilibrio. En el

caso estudiado, se considera que el control constitucional difuso es el medio idóneo para provocar la inaplicabilidad de la norma bancaria, tal y como se dijo antes, con lo cual también se supera el desequilibrio ocasionado en perjuicio del deudor bancario.

- 5.21 Es conveniente establecer un procedimiento ejecutivo hipotecario, especial y autónomo, que responda a las necesidades reales y prácticas de protección del crédito hipotecario, dada su relevancia jurídica y económica, eliminando la renuncia del art. 3790 C., mediante reforma legislativa.

### Referencias Bibliográficas

- Arrechdera Aranzadi, L. I (1978). *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*. Madrid: Editorial Montecorvo, S.A.
- Balladares Saballos, R. (2011). *La reforma tributaria 2009 en Nicaragua: Una visión jurídica*. Managua: UCA
- Bea, E. (1997 pp. 304-308). Justicia y Valores Jurídicos. II. Teorías de la Justicia. *Introducción a la Teoría del Derecho 3ª*. En: J. de Lucas (Coord). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bernal Pulido, C. (2003). *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Brenes Córdoba, A. (2009). *Tratado de los contratos*. San José: Editorial Juricentro.
- Casas Baamonde, M. E. (2003). La Trascendencia constitucional de los principios de ordenación de las fuentes jurídico laborales. *Derecho Privado y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 17, Enero-Diciembre.
- Contreras Ortiz, R.A (2007). *Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte general)*. Guatemala: Instituto de Investigaciones jurídicas.
- Escobar Fornos, I. (1998). *Introducción al Proceso 2ª*. Managua: Hispamer.
- Herrera Espinoza, J. J., & Guzmán García, J. J. (2006). *Contratos Cíviles y Mercantiles*. Managua: UCA
- Martínez de Vallejo, B. (1997 pp. 310-324). Justicia y Valores Jurídicos. IV. Aproximación a los valores jurídicos. *Introducción a la Teoría del Derecho 3ª*. En: J. de Lucas (Coord). Valencia: Tirant lo Blanch
- Martínez Tapia, R. (2000). *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*. Almería: Universidad de Almería.



- Montero Aroca, J (2010). *Derecho Jurisdiccional. I Parte General. 18ª*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ortiz Urbina, R. (2000). *Derecho Procesal Civil t.2*. Managua: La Universal.
- Ortiz Urbina, R. (s.f.) *Juicio Hipotecario con Renuncia de Tramites*. Managua: Jurídica S.A.
- Perez Royo, J. (2002). *Curso de Derecho Constitucional 2ª*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Juridicas y Sociales S.A.
- Prieto Sanchís, L. (1998). *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson.
- Retortillo Baquer, L. M (2003). La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos (especial referencia a los casos “Valenzuela Contreras” y “Prado Bugallo” ambos contra España). *Derecho Privado y Constitución*, 17, Enero-Diciembre.
- Roca Sastre, R. M. (1948) *Estudios de Derecho Privado. I Obligaciones y Contratos*. Madrid: Revista de derecho privado.
- Solozábal Echavarría, J.J. (2003) Los límites de los derechos y el sistema normativo. *Derecho privado y Constitución*, 17, Enero-Diciembre.
- Superintendencia de Bancos y de otras instituciones financieras de Nicaragua (2011). *Reseña histórica. Evolución de la supervisión bancaria*. Recuperado el 6 de diciembre de 2011 de [http://www.siboif.gob.ni/index.php?cont=contenido\\_web&id=1&seccion=1](http://www.siboif.gob.ni/index.php?cont=contenido_web&id=1&seccion=1)

### **Leyes de Nicaragua**

Código Civil de la República de Nicaragua (1904), publicado en el diario oficial numero 2148, del viernes 5 de febrero de 1904. 3ª, vigente desde el 5 de mayo de 1904 Managua: Carlos Heuberger y Co.

Código de Comercio de Nicaragua (1949), aprobado el 30 de abril de 1914, promulgado el 30 de octubre de 1916, vigente a partir del 30 de enero de 1917, concordado y comentado por el Doctor Aníbal Solórzano. Recuperado el 6 de diciembre de 2011 de [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/%28\\$All%29/D0B698C7B047DB6306257863007BB996?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/%28$All%29/D0B698C7B047DB6306257863007BB996?OpenDocument)

Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua vigente desde el 1 de enero de 1906.

Constitución Política de la República de Nicaragua y sus reformas para las elecciones del 25 de febrero de 1990; Ley No. 192, Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua; Ley No. 330, Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua; Ley numero 490, Ley que reforma parcialmente el artículo 138, inciso 12 constitucional; Ley No. 520, Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política; Ley No. 521, Ley de Reforma Parcial al artículo 140 de la Constitución Política de la República

de Nicaragua y Ley No. 527, Ley de reforma parcial a la Constitución Política, texto oficial publicada por la Asamblea Nacional en La Gaceta, diario oficial numero 176, publicada el 16 de septiembre de 2010

Ley No. 260, Ley Orgánica del Poder Judicial, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 137 del 23 de julio de 1998.

Ley No. 561, Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no bancarias y grupos financieros, aprobada el 27 de octubre de 2005, publicada en La Gaceta No. 232 del 30 de noviembre de 2005.

Ley 551, Ley del Sistema de Garantía de Depósitos, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 168 del 30 de agosto del 2005.

### **Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua**

BJ pagina 18942, Considerando Único, 1956.

Sentencia 1969 BJ página 31 Considerando I.

Sentencia de 1970, BJ página 178, Considerando Único.

Sentencia Sala Constitucional No. 59, dictada a las 10:45 a.m., del 7 de mayo de 2004, Cons. VIII;

Sentencia de Corte Plena No. 69, dictada a la 1:45 p.m., del 23 de septiembre de 2004.

Sentencia de 1956, BJ pagina 18037, Considerando I y II.

Sentencia de 1962, página 11, Considerando III

BJ página 8117

Sentencia CSJ de las 12:00 meridianas del 8 de octubre de 1951.

Sentencia CSJ No. 424 del 20 de octubre de 2010.

### **Sentencias del Tribunal Supremo de España**

Sentencia SSTC, sala segunda, 79/2011 del 6 de Junio de 2011, publicada en el Boletín Oficial (BOE) número 158 del 4 de julio de 2011.

Sentencia SSTC 63/2011, del 16 de mayo de 2011.

Sentencia SSTC 200/2001, del 4 de octubre de 2001.

Sentencia SSTC 59/2008, del 14 de mayo de 2008.

Sentencia SSTC 75/1983, FJ 6, de 3 de agosto de 1983.

Sentencia SSTC 128/1987, FJ 5, 16 de julio 1987.

Sentencia SSTC 166/1988, FJ 2, de 26 de septiembre de 1988.

Sentencia SSTC 145/1991, FJ 2, de 1 de julio de 1991.

Sentencia SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6.

Sentencia STC 22/1981 del 2 de Julio.

Sentencia SSTC 128/1987, de 26 de julio, FJ 7.

Sentencia SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2.

Sentencia SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8;

Sentencia SSTC 92/1991, de 6 de mayo, FF JJ 2 a 4.

Sentencia SSTC 90/1995, de 8 de julio, FJ 4.

Sentencia STC 75/1983, de 3 de agosto, FF JJ 6 y 7.

Sentencia SSTC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8.

Sentencia STS del 17 de mayo de 1968.