

PRESIDENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS
CRITERIO NO VINCULANTE

REMITENTE: PRESIDENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA

OFICIO: 296-2024-P-CPJP-YG

FECHA: 28 DE AGOSTO DE 2024

MATERIA: FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

TEMA: EJECUCIÓN DE ACTAS DE MEDIACIÓN EN RÉGIMEN DE VISITAS

CONSULTA:

La ejecución de las actas de mediación en materia de familia que contienen obligaciones de hacer, específicamente régimen de visitas ¿en qué tipo de audiencia se resuelve?

FECHA DE CONTESTACIÓN: 21 DE MARZO DEL 2025

No. OFICIO: 387-JDSN-P-CNJ-2025

RESPUESTA A LA CONSULTA. -

BASE LEGAL:

Código Orgánico General de Procesos:

Art. 362.- Ejecución. Es el conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución.

Art. 363.- Son títulos de ejecución los siguientes:

(...)

3. El acta de mediación.

Art. 368.- Obligaciones de hacer. En la obligación de hacer si la o el acreedor pide que se cumpla y ello es posible, la o el juzgador señalará el término dentro del cual la o el deudor deberá hacerlo, bajo prevención de que de no acatar tal

orden, la obligación se cumplirá a través de una o un tercero designado por la o el acreedor, a costa de la o del ejecutado, si así lo ha pedido.

Si por cualquier motivo no se obtiene la realización del hecho, la o el juzgador de la ejecución determinará en una audiencia convocada para tal efecto y sobre la base de las pruebas aportadas por las partes, el monto de indemnización que la o el deudor debe pagar por el incumplimiento y dispondrá el respectivo cobro siguiendo el procedimiento previsto para la ejecución de una obligación de dar dinero.

El mandamiento de ejecución contendrá la orden para que la o el deudor pague los valores correspondientes a la indemnización de daños y perjuicios a que haya sido condenado.

El mandamiento de ejecución señalará la suma de dinero que deberá satisfacer el deudor, cuando ha rehusado el cumplimiento de la obligación que se manda cumplir por un tercero, para compensar a este último por lo hecho.

Si transcurrido el término concedido por la o el juzgador para que cumpla con la obligación, la o el deudor no lo hace, la o el juzgador dictará embargo de sus bienes en la forma prevista en este Código. En un valor suficiente para cubrir el costo del cumplimiento de la obligación por la o el tercero designado por la o el acreedor.

Si el hecho consiste en el otorgamiento y suscripción de un instrumento, lo hará la o el juzgador en representación del que deba realizarlo, de este acto se dejará constancia en el proceso.

Art. 373.- Oposición de la o del deudor. La o el deudor únicamente podrá oponerse al mandamiento de ejecución dentro del término de cinco días señalados en el artículo anterior, por las siguientes causas:

1. Pago o dación en pago.
2. Transacción.
3. Remisión.
4. Novación.
5. Confusión.
6. Compensación.
7. Pérdida o destrucción de la cosa debida.
8. Excepción de existencia de convenio arbitral para los casos el artículo 363 numerales 3, 4, 6, 7 y 10.

La causa que se invoque deberá estar debidamente justificada, así como el hecho de haberse producido luego de la ejecutoria de la sentencia o de la exigibilidad del título de ejecución respectivo. No será admisible la oferta de presentación de esta prueba. De igual forma se procederá en caso de que se aleguen pagos parciales.

Para el caso de pérdida o destrucción de la cosa debida, el ejecutado deberá demostrar el caso fortuito o fuerza mayor, de lo contrario la o el juzgador en la audiencia de ejecución ordenará el pago del valor de la cosa o indemnización que correspondan según la ley.

La oposición no suspende la ejecución y será resuelta en la audiencia de ejecución.

De aceptarse alguna causa de oposición, que demuestre el cumplimiento total de la obligación contenida en el título, la o el juzgador deberá declarar terminada la ejecución disponiendo su archivo definitivo.

Ley de Arbitraje y Mediación

Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.

Art. 47.- El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo.

Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 06-2017, de 22 de febrero de 2017.

ANÁLISIS:

El Dr. Ernesto Guarderas Izquierdo, en su obra Apuntes sobre Teoría de las Obligaciones¹, define a la obligación de hacer como aquella que: "...contiene el compromiso por parte del deudor, de ejecutar una conducta, acto o actividad, a favor del acreedor que no puede ser la entrega con el ánimo de transferir el dominio de una cosa o para que sobre ella se constituya un derecho real a favor del acreedor. En definitiva, toda conducta, acto o actividad que deba el

¹ Ernesto Guarderas Izquierdo, Apuntes sobre Teoría de las Obligaciones, pág. 185.

deudor al acreedor que no sea dar algo, se entiende que es una obligación de hacer, así la prestación de servicios profesionales, la confección de muebles, pintar un cuadro, construir un artefacto para una persona, escribir un libro, corregir una tesis.”.

Como se puede ver, ciertas obligaciones de hacer son inmateriales, se realizan con la ejecución de un hecho que consiste, simplemente, en la actividad del sujeto, pero que no se traduce, luego, en la entrega de un bien.

Sin embargo, tratándose de la obligación de hacer relacionada con las visitas contemplada en el régimen de Derecho de Familia, que haya sido comprometida en acta de mediación, es preciso puntualizar:

Arturo Valencia Zea, conceptualiza²: “...El derecho civil regula las relaciones jurídicas de los individuos como individuos, pero como existen grupos sociales, algunos autores han sostenido que al lado del derecho civil propiamente dicho debe existir un derecho que regule las relaciones de estos grupos... En consecuencia, debe existir un cuerpo especial de normas jurídicas que reglamente la vida de ciertos grupos sociales, entre los cuales uno de los más importantes es la familia, que antes de ser una mera empresa individual es una empresa de orden social y moral cuyos fines no los pueden realizar los individuos aisladamente mediante el intercambio de bienes.”.

De su lado, en torno a las características del Derecho de Familia, Juan Larrea Holguín³, dice que: “Las dos grandes instituciones sobre las que se desarrolla el Derecho Civil, son la familia y la propiedad. Ambas constituyen la base de la convivencia civilizada...Pero esas dos columnas fundamentales, tienen naturaleza muy diversa, y consiguientemente las normas que las regulan poseen también caracteres distintos...”.

Podemos observar, que si bien se trata de ramas del derecho íntimamente relacionadas, cada una de ellas marca un ámbito específico en su accionar, y a partir de ello, las regulaciones propias de cada materia especializada tienen contenidos y desarrollos diferentes siendo que, en el caso del Derecho de Familia, se concreta no en el individuo y sus relaciones privadas, sino en la familia como núcleo fundamental de la sociedad y en las relaciones entre sus miembros relacionados, con un carácter de orden público y de interés superior, particularmente en torno a los menores, en materia de la prevalencia de sus derechos y de su interés superior en las relaciones parento filiales, además de otros relativos a los demás elementos de la familia.

² Arturo Valencia Zea, Derecho de Familia, Tomo V, págs. 18,19

³ Juan Larrea Holguín, Manual Elemental de Derecho Civil, pág. 1

Así, en relación con los derechos de la familia, traemos a colación el criterio de Arturo Valencia Zea⁴: “... Los derechos de la familia tienen una configuración especial y se hallan regulados por disposiciones de orden público, motivo por el cual son irrenunciables; tampoco son susceptibles de cesión. El criterio del abuso de los derechos se manifiesta más en este campo que en los demás... Todos los derechos familiares tienen un marcado carácter moral y social. Motivos de orden altruista explican su contenido y sus efectos...”.

Esto significa que, por la naturaleza y la delicadeza de los derechos protegidos en materia de familia -los cuales permiten su desarrollo y funcionamiento- estos merecen una especial tutela estatal en pro de su funcionamiento social óptimo, que, en la medida de lo posible, garantice sus instituciones.

En este orden de ideas, coincidiendo con Juan Pablo Cabrera Vélez⁵ quien define al Derecho de Familia dentro de un plano general, como: “...la rama del derecho que busca regular las relaciones interpersonales de los elementos de la familia...” y establece como una conclusión, citando al pensamiento de Savigny, deducido por Roberto de Ruggiero: “... La clásica distinción del autor alemán entre las normas del Derecho de Familia puro y aplicado se recepta por la doctrina moderna en los conceptos de Derecho de Familia estructural o anatómico-normas que regulan la organización de la familia- y Derecho de Familia funcional o fisiológico-reglas que rigen el funcionamiento de la familia en el plano jurídico”, consideramos que el régimen de visitas, puede y debe ser aplicado al derecho de familia, por cuanto constituye una protección a la organización familiar y a su funcionamiento jurídico.

El régimen de visitas debe ser entendido como un derecho subjetivo, extra patrimonial, que se origina en la separación de los padres del menor y faculta a sus titulares (padre o familiares que no se encuentran con el menor) para reclamar la implantación de un horario, en el cual puedan establecer contacto con el menor y así contribuir a su formación, además de fiscalizar de alguna manera su bienestar y fomentar las relaciones familiares del menor. Cuyo ejercicio por su naturaleza, en principio, responde al libre albedrío de su titular.

Las visitas, además de ser un derecho de quienes ejercen la patria potestad, constituyen una obligación de hacer a cargo de los padres que hubieren: acordado (de mutuo o a través de mediación) el régimen abierto o cerrado con

⁴ Arturo Valencia Zea, Derecho de Familia, Tomo I, pág.256

⁵ Juan Pablo Cabrera Vélez, Legislación, Doctrina y Práctica, págs. 22 y 23

un horario específico o a su vez, de los padres a quienes se les haya impuesto por una decisión de autoridad competente, son ellos los llamados a dar cumplimiento a dicha obligación, en ejercicio del derecho que les ha sido concedido.

Sin embargo, como en la hipótesis consultada, habrá ocasiones en que los padres planteen: bien dificultades de acceso al ejercicio de su derecho a las visitas o bien actúen con manifiesto desinterés en el cumplimiento de su obligación, aun cuando, la misma fue acordada previamente en proceso mediatorio y se encuentra en firme.

Si bien el régimen de visitas como hemos señalado, puede ser acordado en un acta de mediación, la cual de conformidad con el Art. 363 del Código Orgánico General de Procesos es un título de ejecución, por su propia naturaleza, no puede seguir las reglas de ejecución establecidas en los artículos 362 y siguientes de la norma ibídem, para exigir su cumplimiento.

Existe, una dificultad en torno a la eficacia del cumplimiento al cumplimiento de la obligación acordada, que radica, por una parte, en la voluntad de la parte incumplida en el ejercicio de su derecho al tratarse de un derecho subjetivo y extra patrimonial, y por otra, en relación con la protección de la estabilidad emocional y psicológica del menor dentro del régimen de visitas si el mismo es ejecutado forzosamente sin más.

Esto no quiere decir, que en modo alguno se afecte la eficacia del acta de mediación, pues la misma como se ha dicho se encuentra en firme en todas sus partes, sin embargo, se plantea la necesidad de proceder en torno a la ejecución del régimen de visitas, en función del principio de interés superior del niño y de la protección de los derechos de familia.

La Corte Nacional de Justicia, respecto de la competencia para la ejecución de las actas de mediación en la Resolución No. 06-2017, de 22 de febrero de 2017, resolvió, que le corresponde al Juez de primera instancia de la **materia del domicilio del demandado.**

Por las consideraciones expuestas, si existe un incumplimiento del acta de mediación que contiene los acuerdos que llegaron los progenitores en relación al régimen de visitas, la parte que desee ejecutar la obligación debida, debería plantear un incidente ante el juez competente especializado de la Familia, Niñez y Adolescencia, siguiendo para el efecto, las reglas establecidas en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y en el Código Orgánico General de Procesos.

ABSOLUCIÓN:

En caso de incumplimiento de las obligaciones de hacer relacionadas con el régimen de visitas acordado en un acta de mediación, dada su naturaleza, la parte que desee ejecutar la obligación debida, deberá plantear un incidente ante la o el Juez competente especializado de Familia, Niñez y Adolescencia, siguiendo para el efecto, las reglas establecidas en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y del Código Orgánico General de Procesos.